

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Faculdade Mineira de Direito

Programa de Pós-graduação Em Direito

Doutorado em Direito Privado

A Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil de 2002: uma abordagem crítica.

Daniela Soares Hatem

**Belo Horizonte
2009**

Daniela Soares Hatem

A Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil de 2002: uma abordagem crítica.

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Privado.

Orientadora: Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima.

**BELO HORIZONTE
2009**

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

H361o	Hatem, Daniela Soares A ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002 : uma abordagem crítica / Daniela Soares Hatem. Belo Horizonte, 2009. 176f. Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito 1. Direito das sucessões. 2. Herança e sucessão. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. CDU: 347.65
-------	--

Daniela Soares Hatem

A Ordem de Vocação Hereditária no Código Civil de 2002: uma abordagem crítica.

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Privado.

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima (Orientadora) - PUC Minas

Prof. Dr. Salomão de Araújo Cateb - Faculdade de Direito Milton Campos

Prof. Dr. Jason Soares de Albergaria Neto - Faculdade de Direito Milton Campos

Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves - PUC Minas

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior - PUC Minas

Belo Horizonte, maio de 2009.

Este trabalho é dedicado a todos aqueles que, ainda que por poucos segundos, conseguem prestar atenção na sinfonia dos pássaros, e que, em meio à luta diária, encontram um minuto para reparar na beleza de um jardim.

Este trabalho é dedicado àqueles que se encantam com um pôr do sol alaranjado, num “mar” de horizonte, ou com o arco íris que cruza o céu, ou com a fascinante visão de um ipê florido.

Este trabalho é dedicado a todos aqueles que se preocupam com o próximo, que tentam fazer o bem e ajudar aos irmãos.

Este trabalho é dedicado a essas pessoas, porque elas estão mais próximas de desvendar o sentido da vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus e essencialmente a Ele por seu amor e sua misericórdia infinitos e por sua forte presença em toda a minha vida.

À família, primeiro acolhimento do homem, ressaltando o apoio de meus pais, Pedro e Celeste, especialmente ao meu pai pela sua amizade e tantos ensinamentos, e à minha mãe pelo constante incentivo.

Ao Júnior, meu esposo, pelo ombro amigo, apoio e pela compreensão quanto aos vários momentos de ausência.

Aos meus irmãos, em especial, à querida caçula Isabela, de cuja criação muito participei, tornando-se, em meu coração, um misto de irmã e filha, incluídos nesses agradecimentos também meus cunhados e cunhadas, que já se tornaram meus irmãos.

Às minhas adoradas sobrinhas, as pequeninas Beatriz e Letícia, por encherem nossas vidas de alegria.

À Tia Lia, querida madrinha, (*in memoriam*), Tia Cristina (*in memoriam*) e ao “Vô” Soares (*in memoriam*), com muita saudade, pelo carinho e pela ternura.

Ao Sr. Percival e à Dona Vanda, pelo acolhimento sincero na família e pela torcida, com toda a minha admiração e gratidão.

Aos amigos e colegas da Pró-reitoria de Extensão da PUC Minas (PROEX) e do Instituto da Criança e do Adolescente (ICA), pela confiança e por compartilharem comigo deste Projeto, em especial à Gestão de 2003, quando de meu ingresso: Profa. Beth Marques, Profa. Rita Fazzi, Profa. Eliana Stefani, Eunice Faria e Profa. Conceição Meirelles.

Agradeço também aos demais amigos, incluindo aqueles que me apoiaram durante a época do mestrado, pois essa fase é, de certa forma, uma continuidade do curso anterior, fazendo parte dos destinatários desses agradecimentos a equipe da PROEX do ano de 2001, em especial a Profa. Rosa Corrêa, coordenadora da Sociedade Inclusiva e o Prof. Bonifácio José Teixeira.

Aos colegas da PUC São Gabriel, onde leciono atualmente, e a todos que me auxiliaram e incentivaram.

Aos professores integrantes do Colegiado do Curso de Direito da PUC Betim, do ano de 2003, quando da minha aprovação em concurso para o exercício de magistério na universidade.

À minha orientadora, Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima, pela aceitação da orientação e pela disponibilidade dispensada aos seus orientandos.

Muito obrigada!

"Nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma; todo homem é um pedaço do continente, uma parte da terra firme.

Se um torrão de terra for levado pelo mar, a Europa fica diminuída, como se tivesse perdido um promontório, ou perdido o solar de um teu amigo, ou o teu próprio.

A morte de qualquer homem diminui a mim, porque na humanidade me encontro envolvido; por isso, nunca mandes indagar por quem os sinos dobram; eles dobram por ti."

John Donne

"Por Quem os Sinos Dobram."

“O Homem não possui uma vida, apenas percorre um trajeto, entre o berço e o túmulo.

É nesse curto intervalo de tempo, que temos a chance de fazer alguma coisa”.

Pedro Jorge Hatem Filho

RESUMO

O Código Civil Brasileiro de 2002 alterou, significativamente, a forma de distribuição de patrimônio entre os parentes e o cônjuge ou companheiro deixados, em decorrência de morte. Este trabalho visa à análise da ordem para distribuição da herança atual, apresentada pelo Código Civil, e das questões polêmicas trazidas pela lei em vigor no país, sobre a distribuição do acervo entre familiares e cônjuge ou companheiro deixados pelo finado. O estudo engloba o debate sobre os aspectos polêmicos da legislação e apresenta algumas sugestões a fim de coibir injustiças, envolvendo também a apresentação da visão de estudiosos do tema sobre as questões controversas. A fim de embasar as discussões centrais do trabalho, foram apresentados também conceitos basilares do Direito das Sucessões, como o de sucessão legítima e testamentária, sucessão *inter vivos* e *causa mortis*, entre outros. O estudo foi enriquecido pela análise de diversas decisões de múltiplos tribunais do país, acerca de questões relativas ao novo Direito das Sucessões, assim como pela apresentação do tratamento dado ao assunto em outros territórios, e com comentários a projetos de leis pertinentes à matéria. No decorrer do trabalho, e principalmente, na conclusão do mesmo, são expostas sugestões interpretativas para melhor solução das polêmicas que envolvem a matéria. O tema é de extrema relevância para todos os profissionais da área do Direito, tendo em vista a grande utilidade e necessidade de uma discussão mais aprofundada do assunto, assim como também interessa a toda a sociedade, pois, para todas as famílias onde haja constituição de patrimônio, modesto que seja, é interessante saber a destinação do mesmo, após a morte de seus proprietários. A conclusão do trabalho sugere uma ordem de vocação hereditária que privilegiasse, sem concorrência, sempre e em primeiro lugar, os descendentes. Em segundo lugar, concorrendo com ascendentes, estaria o cônjuge ou companheiro, independentemente do regime de bens adotado pelo casal. O cônjuge e o companheiro herdariam com relação a toda a herança e não apenas no tocante aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Na ausência de ascendentes, o cônjuge e o companheiro herdariam todo o acervo, independentemente do regime de bens escolhido. Ao cônjuge ou companheiro e aos filhos com idade até 24 anos, caberia o direito real de habitação com relação ao

imóvel de residência da família. No caso do cônjuge ou companheiro, esse direito persistiria enquanto permanecesse solteiro, ainda que por toda a sua vida.

Palavras chaves: Direito das Sucessões, Herança, Ordem de Vocação Hereditária.

ABSTRACT

The Brazilian 2002 Civil Code altered, significantly, the patrimony distribution form between the relatives and spouse or concubine left, in consequence of death. This work aims the analysis of the present inheritance distribution order presented by the Civil Code, and of the polemics questions brought by the regent law in the country, about the property distribution manner between relative and spouse or concubine left by the deceased. The study embodies the debate about the legislation controversial aspects and presents some suggestions in order to halt injustices, involving also the presentation about the subject controversial questions studios visions. In order to base the central arguments of the work, were presented, also, basic concepts of the Succession Rights, as testamentary and legitimate succession, *inter vivos* and *causa mortis* succession, between others. The study was enriched by the analysis of diverse decisions of multiple courts of the country, about related questions to the new Succession Rights as well as the presentation of the matter handling received by other countries, and with concerning law projects concerning commentaries. In the text of the work, and, mainly, at the conclusion are exposed interpretative suggestions to the better solutions to the polemic points that involve the subject. The subject is extremely relevant to all law area professionals, because of the big utility and need of more deepened arguments of the matter, as well as also interests to all the society, therefore, for all the families where there is a constitution of a patrimony, even modest, it is interesting to know its destination, after the death of the holders. The conclusion of the work suggests an hereditary order vocation that privileges, without competition, always, and in the first place, the descendants. In the second place, together with the ascendants, would be the spouse or the concubine, independently of the wedding adopted patrimonial regimen by the couple. The spouse and the concubine would inherit regarding all the inheritance and not only the property bayed in the constancy of the union. In the absence of ascendants, the spouse and the concubine would inherit all the patrimony, independently of the patrimonial regimen chosen. To the spouse or concubine and to the daughters and sons with age to 24 years, would be conceded the right to live in the family residence. In the situation of the spouse or concubine, that right would persist while remained a single person, even if it persists the whole life.

Keywords: Succession Rights, Inheritance, Hereditary Calling Order.

LISTA DE ABREVIATURAS

Agr. - Agravo

Ag. Inst. - Agravo de Instrumento

Art. - Artigo

Ap. - Apelação

Des. - Desembargador

P. - Página

Rec. Esp. - Recurso Especial

Rel. - Relator

LISTA DE SIGLAS

CF. - Constituição Federal

CC - Código Civil

CCB. - Código Civil Brasileiro

DF. - Distrito Federal

ED. - Edição

STJ. – Superior Tribunal de Justiça

TJ. - Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	16
2 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO	21
2.1 Sucessão: conceito	21
2.1.1 <i>Sucessão a título universal e a título singular</i>	25
2.2 Aspectos históricos do Direito de Sucessões	27
2.2.1 <i>O Direito das Sucessões no Brasil.....</i>	37
2.3 Críticas ao Direito das Sucessões	46
3 DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	53
3.1 O Direito Sucessório na atualidade	53
3.2 A concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes do autor da herança.....	58
3.3 A herança e a concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes nos regimes de separação de bens e participação final nos aquestos	66
3.4 Reserva de quota-parte ao cônjuge sobrevivente, na concorrência com filhos comuns.....	82
3.5 Da concorrência entre cônjuge supérstite e ascendentes do morto.....	84
3.6 A sucessão do companheiro: considerações iniciais.....	87
3.7 A sucessão dos conviventes no Diploma Civil em vigor.....	93
3.8 Da concorrência entre companheiro sobrevivente e parentes do <i>de cujus</i>	98
3.9 A sucessão entre parceiros civis do mesmo sexo.....	106
3.10 Uma nova ordem de vocação hereditária: sugestões	109
4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	110
5 PROJETOS DE LEIS QUE BUSCAM ALTERAR A ORDEM DE VOCAÇÃO DISPOSTA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	135
5.1 Análise do Projeto de Lei número 6.960 de 2002.....	135
5.2 Análise do Projeto de Lei número 4.944 de 2005.....	139

6 O DIREITO DAS SUCESSÕES EM OUTROS TERRITÓRIOS.	142
6.1 O Direito à Sucessão legítima em Portugal.....	142
6.2 A ordem de chamamento à herança na Itália.....	146
6.3 A divisão da herança legítima no México.....	150
6.4 A ordem de vocação no Direito Sucessório Argentino.....	153
6.5 A ordem sucessória no Direito Espanhol.....	154
7. CONCLUSÃO	156
REFERÊNCIAS	162
ANEXOS.....	170

1 INTRODUÇÃO

O estudo proposto pelos escritos que se seguem, objetiva analisar o Direito das Sucessões em vigor, atualmente, em nossa legislação pátria, e, sobretudo, abordar criticamente a ordem de vocação hereditária disposta no Código Civil brasileiro de 2002.

A abordagem de um texto legal nos dias atuais não pode e não deve ser feita de maneira isolada, na medida em que o mesmo sofre influências da própria redação do direito pátrio anterior, manifestadas na intenção do legislador de coibir as imprecisões e repetir os aspectos positivos dos diplomas legais, já existentes, devendo, por isso, o estudo ensejar também a análise histórica do tema e a busca pelo entendimento da matéria dado por outras nações.

Para analisar com melhor sucesso a ordem de vocação hereditária atual, necessário se faz, igualmente, apresentar conceitos prévios e basilares concernentes ao direito das sucessões e buscar casos concretos para observação da visão dos aplicadores do Direito em determinadas situações.

Não é objetivo do estudo ora proposto fomentar a produção de diversos textos legais, na medida em que já existe um número razoável de leis em vigor. A intenção principal da presente análise é apresentar soluções mais equânimes e adequadas às diversas situações que permeiam o campo da sucessão hereditária, da distribuição de patrimônio *causa mortis*. A aplicação prática das contribuições a serem ofertadas aos aplicadores do direito se dará, a partir das discussões propostas nesse trabalho, através do levantamento de teorias que podem ser por eles seguidas, através da consolidação da jurisprudência com relação a determinados temas mais polêmicos e não, necessariamente, do fomento à criação de textos legais específicos.

É fundamental que seja bem discutida a matéria central deste trabalho, qual seja: a distribuição de patrimônio em decorrência da morte e a ordem de vocação hereditária atualmente apresentada pela lei, tendo em vista a relevância do tema para os profissionais e estudiosos do Direito e também pelo fato de que morte e distribuição de patrimônio em virtude deste fato jurídico são realidades postas ao homem, não havendo como serem evitadas. Possui o tema, portanto, relevância para toda a sociedade.

Quando imprecisões legais dividem as opiniões dos estudiosos do assunto e permeiam esse tão importante ramo do Direito Civil, quais seriam as melhores formas de interpretação legislativa em busca da equidade? Da justiça ? Da *mens legis*?

Ao estipular o legislador, que o cônjuge supérstite concorre com filhos do autor da herança, quando casado pelo regime de comunhão parcial de bens, nas situações em que o falecido deixou bens particulares, estaria limitando a concorrência do (a) viúvo (a) a tais bens?

Andou bem o legislador ao colocar o cônjuge no rol dos herdeiros necessários e, em alguns casos, sendo o primeiro da ordem de vocação juntamente com os descendentes do finado?

Ao cuidar da sucessão do companheiro em artigo diferente do destinado à sucessão da pessoa casada pelo regime de comunhão parcial, estaria a lei sendo coerente?

Não mencionando regimes de bens híbridos, criados através de pacto pré-nupcial, assim como silenciando sobre a participação final nos aqüestos teria o legislador cometido um deslize ou proposto que o cônjuge sobrevivente, nesses regimes, herdaria do finado, juntamente com os filhos deixados? O texto legal se limita a dispor, no Artigo 1.829 do Código Civil, que a sucessão legítima defere-se entregando-se, primeiramente, o acervo deixado 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, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Tendo em vista que o Código Civil brasileiro em vigor restringiu a sucessão do companheiro, determinando que o mesmo terá acesso, a título de herança, apenas aos bens adquiridos onerosamente, na constância da união, nas hipóteses de união estável, não havendo descendentes ou ascendentes, ou outros parentes, o companheiro sobrevivente teria que entregar ao estado o acervo resultante de bens deixados pelo companheiro morto, adquiridos de forma não onerosa na constância da relação? E não existindo ascendentes ou descendentes, seria coerente limitar a sucessão do companheiro supérstite a um terço dos bens adquiridos, onerosamente, durante a união estável, como propõe o artigo 1.790 do Código Civil?

Questionamentos como esses e a posição de diversos doutrinadores sobre os assuntos em pauta são apresentados ao longo do texto a seguir, sendo, também, levantadas algumas sugestões para dirimir dúvidas e minimizar injustiças.

No capítulo inicial do presente trabalho são abordados termos gerais importantes para o direito das sucessões, como o conceito de sucessão *causa mortis* e *inter vivos*, a sucessão legítima e testamentária e a ordem de vocação hereditária.

Ainda no capítulo primeiro, é resgatada a história do Direito das Sucessões, partindo da sucessão *causa mortis* relacionada ao surgimento da idéia de propriedade, até chegarmos à nossa realidade atual, perfazendo-se também um estudo acerca da evolução desse direito, no Brasil.

As críticas e o apoio que esse ramo do Direito sofreu através dos tempos, são encontradas abordadas no capítulo inicial, que contém a opinião de alguns autores a respeito de ser o direito à herança injusto por estimular o ócio e não possibilitar a distribuição das riquezas, concentrando-as nas mãos de poucos, até as mais fortes argumentações em defesa desse direito referindo-se ao mesmo como uma das maiores fontes propulsoras da economia, de emprego e de renda, na medida em que detentores de grande capital têm interesse em circular seus recursos e investi-los para aumentá-los devido ao fato de poderem deixar seus patrimônios aos entes queridos, encontrando-se, então, presentes neste trabalho, as críticas e alegações favoráveis a esse direito.

O cerne do estudo objetivado encontra-se no capítulo segundo, que analisa a ordem de vocação hereditária atual, tanto no caso de pessoas casadas como também com relação àquelas que vivam em união estável e os problemas e imperfeições do texto legal acerca da matéria. São igualmente apresentadas algumas possíveis formas de interpretação da lei e de aplicação da mesma, todas justificadas, e que tornariam mais razoável o modo de distribuição da herança.

Ao longo do presente trabalho são encontradas afirmações relativas a análises sugeridas para o texto legal, com indicação de serem as formas de interpretação apresentadas “mais justas e equânimes”. É preciso externar a ciência de que o conceito de “justiça” e de “decisões equânimes”, variam ao longo dos tempos e entre os juristas.

Quando se afirma que um dos objetivos do trabalho é auxiliar os aplicadores do direito na tarefa de descobrir as formas interpretativas que darão ensejo às

decisões “mais justas e equânimes”, é bom esclarecer que seriam aquelas soluções que melhor se encaixariam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, ressaltando-se, entretanto, como afirmado, a noção de que esses conceitos podem variar ao longo dos tempos e entre as pessoas.

O terceiro capítulo do estudo em questão complementa as discussões propostas, na medida em que aborda as decisões de tribunais variados do Estado Brasileiro, de diversas regiões, sendo analisados acórdãos provenientes do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Minas Gerais, do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça, do Distrito Federal, dentre outros, a respeito de polêmicas que circundam o tema da divisão de patrimônio em decorrência do fato jurídico morte, entre pessoas casadas, companheiros, ascendentes e descendentes, da concorrência do cônjuge e companheiro sobrevivente com filhos deixados pelo autor da herança, da concorrência entre aqueles e ascendentes do morto, da sucessão à herança pelos colaterais, entre outros aspectos de importância considerável para pautar as reflexões buscadas pela presente tese.

O penúltimo capítulo apresentado refere-se a uma sucinta exposição e releitura de dois importantes projetos de textos legais que tramitam atualmente no Brasil, para aprovação, e que se referem à ordem de vocação hereditária presente no Código Civil em vigor.

A derradeira proposição do trabalho refere-se a uma breve exposição da ordem de vocação hereditária em outros países, tecendo-se alguns comentários comparativos à ordem de vocação de nosso Ordenamento Jurídico, embora não seja enfoque do capítulo a exposição detalhada de um texto de direito comparado, mas, sim, a busca, principalmente, da exposição sobre como o tema é tratado em outros territórios.

Apresenta, portanto, o trabalho a seguir, uma sistematização das discussões relativas ao direito das sucessões atual, abordando desde a ordem de vocação hereditária, em capítulo específico, como também a posição dos estudiosos, o tratamento dado pelos diferentes tribunais em diversos casos concretos, a descrição da evolução histórica desse direito, as críticas que sofre por seus opositores, a reflexão sobre projetos de leis relativos ao tema, algumas conceituações basilares interessantes ao direito das sucessões, além do estudo da matéria em outros países.

Não é alvo do trabalho realizado esgotar todo o assunto, mas, sim, destacar os principais questionamentos para ensejo de reflexões, como também pesquisar a posição de importantes doutrinadores sobre os debates em tela e tratar de temas correlatos para servirem de base às discussões dessa matéria, como mencionado, de fundamental relevância a todos os profissionais e estudiosos do Direito.

2 ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO SUCESSÓRIO

2.1 Sucessão: conceito

O presente estudo versa, essencialmente, sobre a ordem de vocação hereditária apresentada pelo Código Civil de 2002. Antes da exposição da discussão central desta tese, entretanto, faz-se interessante analisar alguns conceitos basilares importantes, a fim de pautar as discussões apresentadas pelo trabalho.

A palavra *sucessão* origina-se do latim, de *sucedere*, que significava transmissão. Sucessão, desse modo, consiste em transmitir.

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

Desse modo, após a celebração de um contrato de compra e venda, o comprador sucede o vendedor com relação a todos os direitos e obrigações relativos ao bem adquirido. No direito empresarial, observamos a sucessão *inter vivos* quando, por exemplo, há incorporação de uma empresa por outra, pois a empresa incorporadora é sucessora da anterior com relação a todas as obrigações e direitos dos quais era titular a empresa incorporada (FIUZA, 2003. p. 846).

A sucessão *causa mortis*, objeto central do Direito das Sucessões, opera-se quando da transmissão de direitos relativos a certo patrimônio, em decorrência da morte do transmissor. Decorre, pois, do fato jurídico morte.

Pode se dar, a sucessão *causa mortis*, pela via *testamentária*, ou seja, através de testamento, documento¹ que reúne as declarações de última vontade do testador, por meio do qual este tem a faculdade de indicar aqueles que lhe sucederão, assumindo os direitos e obrigações relativos aos bens transmitidos.

¹ Exceto quando se tratar de testamento nuncupativo, restrito, atualmente, aos militares em campanha e que se realiza de forma verbal, na presença de duas testemunhas, sendo exceção concedida pela lei, conforme o artigo 1.896 do CCB.

Quando não há testamento ou o testamento não contempla todo o acervo patrimonial deixado pelo falecido, a sucessão se processa pela *sucessão legal*, na qual é obedecida a ordem de chamamento à sucessão, uma lista de preferência elencada na lei, sendo, por meio desta, os descendentes, ascendentes, o cônjuge e os colaterais convocados a assumir suas condições de herdeiros, estando, atualmente, esta ordem distribuída de forma atrelada ao regime de bens que rege o casamento, pois o regime de bens escolhido pelo casal influencia na forma de distribuição de patrimônio entre parentes e o cônjuge do *de cujus*².

Pode, todavia, a sucessão dos bens de uma mesma pessoa ser, ao mesmo tempo, em parte, *legítima* e, em parte, *testamentária*. Isso ocorre nos casos em que o testamento existe, mas não contempla toda a herança, devendo uma parcela de bens ser distribuída conforme disposições testamentárias e a outra ser repartida em consonância com a ordem apresentada pela lei.

Então, nas situações em que o testador não dispõe sobre todo o acervo patrimonial, a sucessão legítima abrangerá os bens não englobados no testamento, enquanto a sucessão testamentária alcança o patrimônio mencionado por aquele documento de última vontade.

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.

O estudo proposto neste trabalho restringe-se, principalmente, à análise da sucessão legal, ou *ab intestato*³, configurando o cerne da presente tese a abordagem detalhada da ordem de vocação hereditária apresentada atualmente pelo Código Civil de 2002, disposta nos artigos 1.829 e seguintes, e 1.790, no caso da sucessão entre companheiros. Relacionando-se ao tema serão abordadas também as leis 8.971/94 e 9.278/96, para análise da questão sucessória entre conviventes.

Desse modo, a sucessão, objeto do Direito das Sucessões, como abordado, é aquela decorrente de transmissão ocasionada pela morte. Sobre o conceito de *sucessão*, destaca Washington de Barros Monteiro:

² A expressão *de cujus* provém do latim e traduz aquele ou aquela de cuja sucessão se trata. É utilizada para significar pessoa falecida, sendo equivalente a morto, falecido, sucedido. Trata-se de abreviação da frase *De cujus successionem agitur*. (SILVA, 1993. p.17).

³ Sucessão *ab intestato* é a sucessão sem testamento, na qual os bens serão divididos de acordo com a ordem descrita na lei.

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 este pertenciam. O herdeiro substitui, 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, freqüentemente, emprega-se ainda, como sinônimo, tanto numa como noutra acepção, o vocábulo *herança*. (MONTEIRO, 2003, p. 1-2).

No Direito Pátrio, impera a teoria *droit de saisine*, defensora de que, no momento exato da morte, há a transferência do patrimônio do falecido a 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, instituiu-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 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 XIII, 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 XIII 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, instituindo a transmissão imediata aos herdeiros até o décimo grau, contanto que tivessem direito certo e indubitável à sucessão. Alguns provimentos regulamentares alteram 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. (PEREIRA, 2006, p. 7-8).

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 *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’. (...). (GONÇALVES, 2007, p. 4-5).

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 tratarem de bens imóveis.

Com o encerramento do processo de inventário e o registro do formal de partilha ou da escritura pública de partilha, se tratar de inventário administrativo, no cartório de registro de imóveis, os bens passam a figurar em nome dos herdeiros e não mais do morto. 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 inventário também se destina a apurar os créditos e dívidas deixados pelo morto, para o cumprimento dessas obrigações e habilitação de credores, para o pagamento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação, o ITCD. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, no tocante à finalidade do inventário:

Inventário é o processo judicial (de jurisdição contenciosa, segundo o Código de Processo Civil de 1973), por via do qual se efetua a descrição dos bens da herança, lavra-se o título de herdeiro, liquida-se o passivo do monte, paga-se o imposto de transmissão *mortis causa*, e realiza-se a partilha dos bens entre os herdeiros. Concluído, expede-se o ‘formal de partilha’, com a discriminação dos haveres que cabem no quinhão dos herdeiros, e compõem os pagamentos. ‘Carta de adjudicação’ quando se tratar de um sucessor somente. (PEREIRA, p, 04, 2006).

Há de se ressaltar que atualmente o inventário que só envolver partes maiores e capazes pode ser realizado administrativamente, nos termos da lei

11.441/2007, sendo, nesses casos, o formal de partilha substituído pela escritura pública de partilha, obtida através de cartório de notas.

2.1.1 Sucessão a Título Universal e a Título Singular

A sucessão a título universal é aquela que ocorre quando não há testamento ou quando o herdeiro legítimo ou testamentário é um único herdeiro, ou, ainda, nos casos em que os herdeiros testamentários recebem porcentagem, fração da herança. Na sucessão a título universal, portanto, o herdeiro recebe parcela da herança, fração, ou, ainda, todo o montante.

A sucessão a título singular ocorre quando o herdeiro é chamado a receber um bem individualizado, especificado, como ocorre nos casos em que, através do testamento, é legado um bem específico, como uma casa determinada, ou um terreno individualizado a alguém. A palavra legado, origina-se de *legatum*, do latim, e exprime a parte da herança deixada pelo testador a alguém. Trata-se de vocábulo proveniente de *legare*, que exprimia disposição testamentária a ser cumprida pelo herdeiro. (SILVA, 1993, p. 54).

Chamamos de sucessor a título universal, então, ou de herdeiro a título universal, aquele que recebeu ou receberá parte da herança ou fração do acervo hereditário e não um bem determinado e especificado. O beneficiário de disposição testamentária, contemplado com um bem determinado, é chamado de legatário, como explica Orlando Gomes:

A sucessão *mortis causa* pode dar-se a título universal e a título singular. A primeira caracteriza-se pela transmissão do patrimônio do defunto, ou de quota-parte deste; a segunda, pela transferência de bens determinados. Sucede a *título universal* quem recolhe a totalidade dos bens da herança ou uma fração aritmética da universalidade. Sucede a *título singular* quem recebe bens determinados, certa generalidade de coisas, ou uma quota concreta de bens. Em nosso Direito, a sucessão a título universal somente se admite *mortis causa*. (GOMES, 2004, p. 6).

Desse modo, mesmo que determinada pessoa receba, por exemplo, 5% do valor do acervo hereditário, através de estipulação constante em testamento, tem-se um caso de herança testamentária e que configura uma sucessão a título universal, sendo o beneficiário chamado de herdeiro testamentário. Porém, se alguém é

agraciado com uma casa determinada ou mesmo com fração ou parte da referida casa, trata-se de legado e o contemplado é denominado legatário.

O legatário é considerado um credor da herança. Após a morte do legante ele deve esperar que os outros herdeiros “paguem o legado”, ou seja, dêem cumprimento ao legado. A vantagem do legatário sobre o herdeiro testamentário é que, após o pagamento das dívidas, não havendo patrimônio suficiente em benefício de todos, os legatários têm preferência para receber em relação aos herdeiros testamentários.

Quando não há testamento, os herdeiros são denominados simplesmente herdeiros legítimos, como aborda Jefferson Daibert:

‘Herdeiro é aquele que sucede na totalidade da herança ou parte dela, sem determinação de valor ou objeto’ (Itabaiana).

‘Legatário é aquele, em cujo favor o testador dispõe de valores ou objetos determinados, ou certa parte deles’ (idem, idem).

O herdeiro pode ser legítimo ou testamentário. Será legítimo o que a lei indica como tal, pela ordem de vocação hereditária (art. 1.603). Será testamentário quando é nomeado ou instituído pelo testador, como ato de última vontade.

O herdeiro legítimo é tido como necessário quando a ele pertence, por força da lei, recolher a metade dos bens do *de cujus*, metade esta que se denomina legítima, parte indisponível – aquela que o testador não pode dispor para ninguém, por ser direito dos herdeiros necessários.

Distinções que existem entre herdeiros e legatários:

a) o herdeiro sucede a título universal, porque o patrimônio do *de cujus*, que transmite pelo fato da morte, constitui universalidade de direito, *universum jus*, é um núcleo unitário; já o legatário sucede a título singular ou particular.

b) ao herdeiro cabem os encargos e dívidas na proporção de sua quota hereditária, porque ele assume o lugar do *de cujus*, direitos e obrigações, ativo e passivo, enfim, um patrimônio; já o legatário está isento de tais responsabilidades, porque simplesmente recebe uma liberalidade do testador sem nenhum ônus.

c) o herdeiro sucede numa quota ideal ou indeterminada, ao passo que o legatário tem a sua parte definida, estipulada no testamento e que lhe será entregue pelo herdeiro.

d) o herdeiro entra na posse e domínio da herança, de imediato, na abertura da sucessão, no preciso momento em que ocorre o óbito; o legatário deverá aguardar que se processe o inventário para receber das mãos do herdeiro a quota-parte, o legado, que lhe ficou em testamento.

e) o herdeiro poderá demandar em juízo no resguardo da herança, anulando atos e contratos, inclusive, conforme o caso, anulando o próprio testamento que deixou legados; o legatário nada pode, simplesmente aguarda o recebimento de seu quinhão, porque não poderá demandar ao herdeiro pela herança, uma vez que esta decorre da lei, de seu vínculo de parentesco com o *de cujus*, enfim, do direito de sucessão que lhe é garantido pelo Código Civil. (DAIBERT, 1981, p. 29-30).

Há de se esclarecer, todavia, que antes dos cumprimentos dos legados, também deve ser calculada e reservada a legítima dos herdeiros necessários, que consiste em metade da herança, e que pertence, obrigatoriamente, aos herdeiros necessários do morto, quais sejam, seus ascendentes, descendentes e o cônjuge,

seguindo a ordem de vocação hereditária, nos termos dos artigos 1.829, 1.845 e 1.846 do CCB e que será mais detalhadamente abordada no decorrer deste trabalho.

2.2 Aspectos Históricos do Direito de Sucessões

A origem do Direito das Sucessões e, portanto, da transmissão de patrimônio em decorrência da morte do titular de direitos, se confunde com a gênese da noção de propriedade privada.

Nos primórdios da história do homem, à época do homem primitivo, não se considerava a propriedade de uma pessoa isolada, mas, sim, dos bens de um grupo, na medida em que o homem, isoladamente, não era senhor de terras, mas apenas à coletividade eram relegadas as extensões do solo, sendo o indivíduo possuidor, apenas, de simples objetos pessoais, como suas ferramentas, as peles que cobriam o seu, corpo, etc, não se cogitando em direito das sucessões nessa etapa da civilização.

A noção de transmissão por herança surge a partir do momento em que o ser humano passou a cultivar, também, a propriedade privada. Na fase incial da história do homem, como dito, não existia a noção de propriedade privada, a não ser com relação aos bens de uso pessoal e, portanto, não existia discussão acerca da sucessão *mortis causa*.

Enquanto a propriedade permanece em comum a toda uma *tribo* não podemos falar de *sucessão* a respeito dela; porque, passando os indivíduos, substituindo-se os chefes, mantinham-se, entretanto, debaixo do poder da coletividade, o solo, os campos e os rebanhos. (OLIVEIRA, 1952, p. 47).

Era costume, inclusive, que o homem fosse enterrado com seus pertences pessoais, não sendo os mesmos legados ao grupo, tendo em vista que os pertences cabíveis ao indivíduo, isoladamente, eram objetos de pequeno porte.

Com o passar do tempo e o surgimento da noção de propriedade individual começou-se a admitir a transmissão de patrimônio por herança, como ensina o Professor César Fiuza.

Originariamente não se cogitava de herança ou de sucessão *mortis causa*, pois não havia propriedade individual. Os bens pertenciam ao grupo. Posteriormente, a propriedade adquiriu caráter familiar e havia, então, a sucessão do novo chefe nos bens que se achavam sob a direção do chefe pré-morto. A idéia de sucessão como a conhecemos hoje veio a surgir mesmo com o advento da propriedade individual (...). (FIUZA, 2003, p. 849).

Os fatos mais antigos sobre transmissão por herança, dos quais tem-se notícia, e que mais tenham influenciado nosso Direito, datam do Direito Romano.

Mesmo anteriormente aos Romanos, todavia, há notícias sobre transmissão *causa mortis*, como ressaltado pelos autores a seguir destacados. A sucessão também é relatada em trechos da Bíblia que remontam à transmissão em decorrência da morte, como na memorável parábola em que o filho pródigo⁴ pede a seu pai o adiantamento de sua herança para que saísse pelo mundo gastando a parte que lhe cabia na fortuna paterna e na passagem “Esaú e Jacob”⁵ em que um

⁴ O filho pródigo. Disse ainda: <<Certo homem tinha dois filhos, e o mais novo dentre eles disse ao pai: - Pai, dá-me a parte que me cabe do patrimônio. – E ele repartiu-lhes os bens. Depois de não muitos dias, o filho mais novo reuniu todas as coisas, emigrou para um país longínquo e por lá dissipou todos os seus bens, levando uma vida dissoluta. Depois de ter gasto tudo, houve uma grande fome naquele país, e ele começou a sentir falta do necessário. Foi então pôr-se a serviço de um dos habitantes daquela região, o qual o mandou ao seu campo apascentar os porcos. Bem desejava ele matar a fome com as alfarrôbas que os porcos comiam, mas ninguém lhe dava. Então entrou em si e disse: “Quantos mercenários de meu pai tem pão em abundância, e eu aqui morro de fome! Levantar-me-ei, irei ter com meu pai e dir-lhe-ei: - Pai, pequei contra o Céu e contra ti; já não sou digno de ser chamado teu filho; trata-me como um dos teus mercenários – Levantou-se, pois, e foi ter com o pai. Quando estava ainda longe, seu pai o viu e, movido de compaixão, correu a lançar-se-lhe ao pescoço e beijou-o. Disse-lhe o filho: - Pai, pequei contra o Céu e contra ti; já não sou digno de ser chamado teu filho. – Mas o pai ordenou aos seus criados: - Trazei depressa a veste melhor e vesti-lha; ponde-lhe o anel no dedo e calçados nos pés, trazei o vitelo mais gordo, matai-o e, comendo, festejemos, porque este meu filho estava morto e voltou à vida, tinha-se perdido e foi encontrado. – E começaram com a festa.

O filho mais velho encontrava-se no campo e, quando, à volta, se achou perto de casa, ouviu música e danças. Chamando um dos criados, pediu-lhe informações sobre o que significava aquilo, ao que este lhe respondeu: - É que chegou teu irmão e teu pai matou o vitelo gordo, porque recuperou com saúde. – Ele ficou indignado e não queria entrar, e o pai teve de sair e instar com ele. Mas ele respondeu ao pai: - há já anos que estou ao teu serviço sem jamais transgredir uma ordem tua, e tu nunca me deste sequer um cabrito para eu festejar com os meus amigos! Mas, logo que chegou esse teu outro filho, que consumiu os teus bens com as meretrizes, mataste para ele o vitelo gordo. – O pai respondeu-lhe: - Filho, tu estás sempre comigo e tudo o que é meu é também teu; mas era necessário que houvesse festa e nos alegrássemos, porque este teu irmão estava morto e voltou à vida, estava perdido e foi encontrado ->> (Bíblia Sagrada, Lucas, 15, 11-30).

⁵ Esaú vende a primogenitura. – Os dois meninos cresceram, e Esaú tornou-se um hábil caçador, homem do campo; Jacó, ao contrário, era homem plácido, amante da tenda. Isaac preferia Esaú, porque gostava de sua caça; Rebeca, ao invés, preferia Jacó. Um dia Jacó preparou para si uma iguaria, e voltando Esaú muito cansado do campo, disse a Jacó: <<Por favor deixa-me devorar esse cozinhado vermelho, pois estou exausto!>> Daqui recebeu Esaú o apelido de Edom. Jacó respondeu: <<Cede-me primeiramente a tua primogenitura>>. Esaú disse: <<Eis que estou a morrer; de que me serve a primogenitura?>> Respondeu Jacó: <<Jura-mo agora mesmo>>. Esaú lho jurou, e assim vendeu a primogenitura a Jacó. Este, então, deu-lhe pão e um prato de lentilhas; ele, tendo comido e bebido, levantou-se e se retirou. Tanto desprezou Esaú a primogenitura!

Primogenitura e bênção de Jacó. – Quando Isaac envelheceu e seus olhos enfraqueceram-se a ponto de não poder mais enxergar, chamou Esaú, seu filho mais velho, e lhe disse: <<Meu filho!>>

dos irmãos, Esaú, abre mão de seu direito à primogenitura e, conseqüentemente, dos direitos hereditários privilegiados adstritos a tal condição, em benefício de seu irmão, Jacob, em troca de um prato de lentilha.

O conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais nítido a partir do direito romano. A Lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater famílias* de dispor dos seus bens para depois da morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: *sui*, *agnati* e *gentiles*. (GONÇALVES, 2007, p. 3).

A respeito da possibilidade de transmissão de herança entre os povos antigos, disserta ainda Sílvio Rodrigues e Sílvio Venosa, conforme abaixo destacado:

A possibilidade de alguém transmitir seus bens, por morte, é instituição de grande antiguidade, encontrando-se consagrada, entre outros, nos direitos egípcio, hindu e babilônico, dezenas de séculos antes da Era Cristã. Todavia, as razões pelas quais a lei agasalha o direito hereditário têm variado no correr dos tempos. Por outro lado não são poucas as vozes que, hoje como no passado, contestam tanto a legitimidade quanto a conveniência da sucessão hereditária. (RODRIGUES, 2003, p. 04).

No direito oriental antigo, nada existe de palpável, para concluir por outra forma de sucessão que não aquela sem testamento, apesar de se ter notícia do testamento entre hebreus (Nascimento, 1979:67). Era peculiar ao velho direito oriental a

Respondeu-lhe ele: <<Eis-me aqui!>> Disse-lhe Isaac: <<Como vês, já estou velho, e não sei quando será o dia de minha morte. Agora, pois, toma tuas armas, tua alijava e teu arco, e vá ao campo, e apanha para mim alguma caça. Prepare-me com ela um guisado de meu gosto, e traze-mo para que eu coma, a fim de que minha alma te abençoe antes que eu morra>>. Rebeca ouviu o que Isaac disse a seu filho Esaú; e logo que Esaú saiu para o campo à procura de caça para seu pai, ela disse a seu filho Jacó: <<Eis que ouvi teu pai falar com Esaú, teu irmão, e dizer-lhe: “Traz-me caça, e prepara-me com ela um guisado, para que eu coma e te abençoe diante de Deus, antes de morrer”. Agora, portanto, meu filho, obedece-me e faze o que te ordeno. Vai ao rebanho e traze-me dois bons cabritinhos, para eu fazer deles, para teu pai, uns petiscos a seu gosto, e tu lho levarás, para que coma deles, e te abençoe antes de morrer>>”.

Tomou Rebeca as melhores vestes de seu filho mais velho, Esaú, que tinha consigo em casa, e com elas vestiu seu filho mais novo, Jacó; e com as peles dos cabritinhos envolveu-lhe as mãos e a parte nua do pescoço. A seguir, pos nas mãos de Jacó, seu filho, os petiscos e Pães que preparara.

Jacó foi ter com seu pai, e disse-lhe: <<Meu pai!>> Respondeu ele: <<Eis me aqui! Quem és tu, meu filho?>> Jacó disse a seu pai: <<Eu sou Esaú, o teu primogênito. Fiz como me disseste. Levanta-te, pois, te rogo, senta-te e come da minha caça, para que tua alma me abençoe>>. (...) Depois continuou: <<Tu és Esaú, meu filho?>> Respondeu ele: <<Eu o seu>>. Disse-lhe, pois: <<Serve-me da tua caçada, para que eu coma, meu filho, a fim de que meu espírito te abençoe>>. Serviu-lha Jacó; Isaac comeu, e trouxe-lhe também vinho, e ele bebeu. Então disse-lhe Isaac, seu pai: <<Aproxima-te e beija-me, meu filho>>. Aproximou-se e o beijou; e logo que sentiu o odor da fragrância de suas vestes, o abençoou”.

Apenas Isaac tinha terminado de abençoar Jacó, e este mal se tinha retirado de junto de Isaac, seu pai, chegou Esaú, seu irmão, que voltava da sua caçada. Também ele fez petiscos e os levou a seu pai, e disse-lhe: <<Levante-se meu pai e coma da caça de seu filho, para que a tua alma me abençoe>>. Isaac lhe disse: <<Quem és tu?>> Respondeu-lhe: <<Sou teu filho, o teu primogênito, Esaú>>. Então Isaac estremeceu, tomando de enorme terror, e exclamou: <<Quem é, pois, aquele que me trouxe a caça que apanhou, e eu comi de tudo antes que tu vieses? E eu o abençoei e, não obstante, permanecerá abençoado>>”. (Bíblia Sagrada, Gên. 25, 27-34).

faculdade de o pai distribuir seu patrimônio, em vida, entre os herdeiros. (VENOSA, 2004, p. 17).

Entretanto, como já explicitado, estão no Direito Romano as determinações mais antigas e que mais tenham influenciado nosso direito atual no tocante ao Direito Sucessório, haja vista a origem de nosso Direito Civil. Ressalta, por isso, Orlando Gomes, que “o reconhecimento histórico acerca das sucessões importa a partir do Direito Romano.” (GOMES, 2004. p. 3).

No Direito Romano, a necessidade de cultuar os antepassados, os mortos da família, era tão forte que casais que não tinham filhos e que, portanto, não poderiam deixar descendentes que orassem por eles quando de seus falecimentos, adotavam crianças e as criavam como filhos para que os mesmos fossem os continuadores do culto aos Deuses-lares, almas dos finados integrantes daquela família. A respeito dos cultos domésticos escreve Fustel de Coulanges:

Para essa religião doméstica não existiam nem regras uniformes, nem ritual comum. Cada família usufruía a esse respeito da mais completa independência. Nenhum poder exterior tinha o direito de fixar regras para o seu culto ou de estabelecer normas para a sua crença. Não havia outro sacerdote além do pai, e este, como sacerdote, não conhecia superior hierárquico. O pontífice de Roma, ou o arconte de Atenas, podia certificar-se se o pai de família cumpria todos esses ritos religiosos, mas não tinha o direito de lhe ordenar a mais ligeira alteração nas suas leis domésticas de religião. (...)

Nesta ordem, a religião não se manifestava nos templos, mas em casa; cada qual tinha seus deuses; cada deus protegia apenas uma família e era deus apenas de uma casa. Não podemos racionalmente supor que uma religião com este caráter fosse revelada aos homens pela imaginação poderosa de alguém entre eles, ou por uma casta de sacerdotes. Nasceu espontaneamente no espírito humano, sendo seu berço a família e tendo cada família criado os seus próprios deuses. (COULANGES, 1975, p. 31).

Em Roma, o herdeiro era aquele que presidia o culto aos mortos da família e, desse modo, a herança era concedida ao filho varão mais velho, haja vista que cabia ao primogênito a responsabilidade de presidir o culto às almas dos familiares mortos.

A mulher não era herdeira, porque não chefiava o culto aos antepassados. Com o casamento, inclusive, poderia integrar as celebrações da família do marido vinculando-se à religião da família do sogro.

O nascimento de uma menina não satisfazia o objetivo do casamento. Com efeito, a filha não podia dar seqüência ao culto porque, no dia em que se casasse, renunciaria à família e ao culto de seu pai, passando a pertencer à família e à religião do marido. A família, como o culto, só tinha seqüência com os varões; fato capital este cujas conseqüências veremos mais adiante. (...)

O dever de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que concedia o divórcio em caso de esterilidade, que substituíu o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferecia ainda à família um último recurso, como meio de fugir à desgraça tão temida da sua extinção; esse recurso encontramos no direito de adoção. (COULANGES, 1975, p. 43-44).

Ainda sobre esse tema, refletindo sobre a passagem gradativa do critério religioso para o econômico, no tocante à necessidade de sucessão do patrimônio dos pais pelos filhos, ensina o professor César Fiuza:

Seu fundamento, porém, era, de início, religioso e não econômico. A concepção religiosa exigia que tivesse o defunto um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios propiciatórios e lhe oferecesse o banquete fúnebre. O patrimônio era da família, que cultuava seus antepassados, na categoria de deuses domésticos. A sucessão era, assim, calcada no direito de primogenitura. O primogênito sucedia ao *pater-famílias* na chefia da família e do patrimônio familiar.

Posteriormente, a idéia de sucessão desenvolveu-se, tendo como fundamento a própria continuidade patrimonial. Ou seja, deixou de ser religioso, passando a ser econômico. Em outras palavras, o desejo de segurança inspira a acumulação patrimonial; a proteção da prole inspira sua transmissão.

Em Roma já havia diferença entre sucessão legítima e testamentária, que perdura até nossos dias.

Nosso Direito é fusão do Direito Germânico, que não admitia a sucessão testamentária, e do Direito Romano, que dava ao testador bastante liberdade para testar. (FIUZA, 2003, p. 849).

Acrescenta, Silvio Venosa, acerca do tema em destaque, abordando as várias espécies de casamento, as quais influenciavam na forma de poder dos maridos e pais sobre os filhos e as esposas:

A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era fixada pela linha masculina. Durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai; após o casamento, ao marido. O pai tinha o direito de lhe designar um tutor ou um marido para após a morte. A viúva subordinava-se aos filhos e, na ausência destes, aos parentes próximos do marido falecido.

Nesse cenário, o matrimônio solene era o laço sagrado por excelência. Nessa modalidade de casamento, a *confarreatio* era uma cerimônia religiosa e levava essa denominação porque uma torta de cevada era dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava. Daí a origem do bolo de noiva.

Além do casamento religioso, também era conhecido a *coemptio*. Essa forma de união do casal era uma modalidade da *mancipatio*, negócio jurídico formal utilizado para vasto número de negócios, a começar pela compra e venda (...). Consistia em uma venda da mulher por quem exercia o pátrio poder. Essa alienação era real a princípio, passando a ser ficta posteriormente. Por fim, outra possibilidade de união era o *usus*, pelo qual a mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência. Como os eventuais vícios de uma *mancipatio* em uma compra e venda podiam ser supridos pelo usucapião, os eventuais vícios da *coemptio* e até mesmo a falta dela poderiam ser supridos pelo *usus*, ou seja, a vida comum ininterrupta por um ano (Arangio-Ruiz, 1973:488). Esses matrimônios denominados *cum manum* faziam com que a mulher perdesse toda a relação e parentesco da família do pai, submetendo-se à família do marido, inclusive seu culto.

Posteriormente, para assegurar herança que proviesse da família originária à mulher, buscou-se uma modalidade de convivência que produzisse o efeito *cum manum*. Para

isso, evitava-se a *coemptio* e impedia-se que o *usus* se completasse. A Lei das XII Tábuas dispunha que para isso a mulher poderia ausentar-se do lar conjugal por três noites consecutivas em cada ano (*usurpatio trinoctii*). Em seguida, a lei reconhece o casamento *sine manu*, sem qualquer outra exigência, nem mesmo de convivência. Essa modalidade de casamento, que desonera a mulher dos vínculos estreitos com a família do marido, passa a ocupar lugar predominante nos matrimônios a partir do período da República. Na época clássica, os casamentos *com manum* passam a ser excepcionais, abolindo-se definitivamente o *usus*. A *confarreatio* ficou limitada a um reduzido número de pessoas, pois os aspirantes a altos cargos sacerdotais deveriam prover por nascimento dessa modalidade de casamento. (VENOSA, 2006, p.25-26).

Também é advinda do Direito Romano a origem da sucessão testamentária, cujo desenvolvimento é retratado na passagem a seguir:

Em princípio, como no direito brasileiro atual, qualquer pessoa poderia testar, com exceção das proibidas, que eram: as pessoas que não tinham patrimônio, como os 'alieni juris' (filhos, filhas, mulheres 'in manu', menores 'in mancipio', escravos), os peregrinos e os latinos junianos; os incapazes de alienar, como os 'sui juris', os impúberes, os loucos e os pródigos; os condenados por falso testemunho; os heréticos e apóstatas, no baixo império; os surdos, os mudos, os surdos-mudos e os cegos; as mulheres 'sui juris'; os que não tinham o 'jus commercii'.

(...) Capacidade para receber em testamento

Qualquer pessoa poderia ser instituída herdeira, em Roma, com as seguintes exceções: os peregrinos que não tinham o 'jus commercii'; as mulheres, depois da Lex Voconia. Essa lei votada pelo plebiscito no ano de 169 a.C. foi reflexo da intensa campanha de Catão, o antigo, contra os 'novos costumes e o luxo das mulheres'. Caiu em desuso pouco depois; as pessoas incertas, ou seja, cuja identidade física não pudesse ser determinada; o Estado, as Cidades, as Corporações. Na época clássica, essas pessoas jurídicas não podiam ser instituídas herdeiras. No império, esta regra se atenua, e são numerosas as disposições testamentárias em favor das cidades e das pessoas morais, bem como dos estabelecimentos cristãos, como os conventos, mosteiros, igrejas. (AMORIM, 1974, p. 137).

O desenvolvimento histórico do Direito das Sucessões também é destacado por Washington de Barros Monteiro, defendendo, o autor, a idéia de que, entre os ramos do direito civil, o Direito das Sucessões foi aquele que mais se modificou através dos tempos:

(...) sem receio de errar, pode-se afirmar que, de todos os ramos do direito civil, o direito das sucessões foi aquele que mais se transformou. Com efeito, originariamente, existia direito sucessório preferencial em benefício dos varões. Se o finado deixava simultaneamente filhos e filhas, estas não herdavam. Sua exclusão era ditada ou porque a lei assim determinava, ou em virtude de renúncia, que se lhes impunha, forçadas à aceitação de um simples dote. A lei Sálica, que apenas contemplava os varões na distribuição da propriedade imobiliária, constituía típico exemplo dessa injustiça social (...) (MONTEIRO, 2003, p. 2).

Ainda entre os descendentes homens, vale ressaltar novamente que havia diferenciação entre esses sucessores, na medida em que, inicialmente, o

primogênito era o herdeiro instituído da família, mesmo em detrimento de seus irmãos do sexo masculino, como explica o autor no seguinte trecho:

Mesmo entre os homens havia injustos privilégios hereditários, como o decorrente do direito de primogenitura. Esse princípio, de origem mui remota, como se depreende do episódio de Esaú e Jacó, encontrou no direito feudal a mais forte expressão, impregnado do desejo de conservar a propriedade em mãos de um só ramo familiar. De acordo com o mesmo, recolhia o primogênito a totalidade da herança, permanecendo na opulência, enquanto os demais filhos jaziam na pobreza, subordinados, assim, social e economicamente, à autoridade do irmão mais velho, que herdara toda a fortuna". (MONTEIRO, 2003, p. 2-3).

A sucessão privilegiada do primogênito, cujos aspectos marcantes podem ser percebidos a partir da leitura da passagem seguinte, também foi alvo de análise da Professora Giselda Hironaka, como se pode acompanhar:

O primeiro fundamento da sucessão foi de ordem religiosa. A sucessão se verificava exclusivamente pela tomada do lugar do de cujus na condição do culto doméstico pelo herdeiro, que, no entanto, não recebia os bens em transmissão, uma vez que não pertenciam ao morto, mas a toda a família capitaneada pelo varão mais velho, descendente direto dos deuses domésticos. Tratava-se, portanto, do descendente do sexo masculino de maior autoridade, na visão dos antigos. Incumbia a ele a administração do acervo familiar e a condução da vida religiosa e doméstica". (HIRONAKA, 2004, p.3).

Outro fundamento já destacado nas passagens expostas era utilizado para fundamentar a atribuição apenas ao varão do direito de receber a herança de seus pais: era a concepção de que a divisão dos bens legados a vários herdeiros diluiria o patrimônio acumulado pela família, enfraquecendo seu poder e, por isso, a herança deveria ser entregue, apenas ao primogênito, para que o poder da família, advindo do acúmulo patrimonial, continuasse concentrado, não se fragmentando.

Abordando o mesmo tema, descreve Silvio Rodrigues:

O direito de primogenitura e varonia, entretanto, perpetua-se em muitas civilizações, inspirado em outras razões de ordem política e social de considerável relevância. A primeira e principal delas é o propósito de manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos. (RODRIGUES, Sílvia, 2003. p.4).

Em Roma, além da religião comum, da sociedade, cada família desenvolvia sua religião particular, fato que, somado à força da religiosidade naquela época, explica por que é que os padres foram considerados parte do grupo familiar integrando, outrora, inclusive, o próprio conceito de família.

Em relação à evolução do conceito de família, partindo da grande família romana, centrada não apenas no parentesco e na consanguinidade, mas também

nas relações entre aqueles que residiam ou freqüentavam o mesmo ambiente doméstico, escreve Ana Karla Harmatiuk Matos:

Configuram-se três modelos de organização familiar para prestar auxílios às reflexões. Presencia-se uma Família Patriarcal (...), com o poderoso patriarca, senhor da Casa Grande e da Senzala. Visualiza-se esse mesmo patriarca – proprietário – como chefe supremo de uma grande família matrimonializada e legítima. Esta família, além da mulher e dos filhos, contempla irmãos, sobrinhos, tios e avós, bem como se alia aos escravos e a outros como padres – funcionários não escravos. (MATOS, 2000, p. 09).

Pode-se perceber, portanto, que os padres eram considerados como parte da família e isso reforça a importância da religiosidade para as famílias, na época.

Voltando-se para a análise da questão sucessória na Roma antiga, a mulher, então, não era herdeira, porque ao casar passava a oferecer o culto aos ancestrais de seu marido. A mulher não podia herdar, mas o patrimônio deixado por seu pai poderia dotá-la se assim o primogênito quisesse.

Mesmo se fosse filha única, a mulher não herdaria, passando tal direito ao herdeiro mais próximo. Tais regras começaram a se modificar a partir de Justiniano que acusava a Lei das Doze Tábuas⁶ de excessivamente rigorosa e de atribuir preferência à posteridade masculina, excluindo da herança as mulheres, ainda que sendo as únicas ligadas por vínculo de sangue ao defunto.

⁶ Lei das XII Tábuas. Tábua Quarta. 1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.

2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.

3. Se o pai vendeu o filho 3 vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno.

4. Se um filho póstumo nasceu até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.

Tábua Quinta. Das heranças e tutelas. 1. As disposições testamentárias de um pai de família sobre os seus bens ou a tutela dos filhos terão a força de lei.

2. Se o pai de família morre intestado, não deixando herdeiro seu (necessário), que o agnado mais próximo seja o herdeiro.

3. Se não há agnados, que a herança seja entregue aos gentis.

4. Se um liberto morre intestado, sem deixar herdeiros seus, mas o patrono ou os filhos do patrono a ele sobrevivem, que a sucessão desse liberto transfira ao parente mais próximo na família do patrono.

5. Que as dívidas ativas e passivas sejam divididas entre os herdeiros, segundo o quinhão de cada um.

6. Quanto aos demais bens da sucessão indivisa, os herdeiros, poderão partilhá-los, se assim o desejarem; para esse fim o pretor poderá indicar 3 árbitros.

7 Se o pai de família morre sem deixar testamento, ficando um herdeiro seu impúbere, que o agnado mais próximo seja o seu tutor.

8. Se alguém torna-se louco ou pródigo e não tem tutor, que a sua pessoa e seus bens, sejam confiados à curatela dos agnados e, se não há agnados, à dos gentis.

Acerca da sucessão dos parentes mais próximos, para excluir a sucessão das filhas, nos casos de falecidos que não deixavam descendentes do sexo masculino e sobre a evolução histórica dos direitos das filhas, ensina Fustel de Coulanges:

A regra estatuída para o culto é a de que o mesmo se transmita de varão para varão; a regra para a herança é que esteja em conformidade com o culto. A filha não se considera apta para dar seqüência à religião paterna, pois casa, e casando-se, renuncia ao culto de seu pai para adotar ao do esposo: não tem, pois, nenhum direito à herança. Se por acaso um pai deixasse os bens à filha não poderia nem mesmo cumprir o primeiro dever do herdeiro, ou seja, o de continuar a série dos banquetes fúnebres, pois só aos ancestrais de seu marido poderá oferecer os sacrifícios. A religião proíbe-lhe, pois, receber herança de seu pai.

Tal é o antigo princípio; impôs-se tanto entre os legisladores hindus, como na Grécia e em Roma. Os três povos receberam as mesmas leis; não que as recebessem por comunicação entre si, mas porque todos tiraram suas leis das mesmas crenças.

‘Após a morte do pai, diz o código de Manu, os irmãos devem partilhar o patrimônio entre si’; e o legislador continua a recomendar aos irmãos que dotem suas irmãs, pelo que se constata não terem as filhas nenhum direito à sucessão paterna. (...)

Finalmente Catão, século e meio antes de Cícero, querendo fazer reviver os antigos costumes, fez aprovar a Lei Vocônia que proibia: 1º, que se institua herdeira mulher, embora filha única, casada ou solteira; 2º, legar às mulheres mais de metade do patrimônio (...). Esta lei procurava restabelecer o que o tempo alterava. Aliás, o que há de mais curioso nessa Lei Vocônia é que ela nada estipula sobre o princípio de hereditariedade **ab intestat**. Ora, este silêncio não pode significar neste caso que a filha fosse herdeira legítima: porque não é admissível a lei proibir à filha herdar de seu pai por testamento, se ela já fosse herdeira de pleno direito, sem testamento.

É verdade que logo os homens encontraram uma evasiva para conciliar o preceito religioso que proibia à filha herdar, como sentimento natural, o qual exigia que ela pudesse fruir da fortuna do pai, isto é evidente, principalmente no direito grego.

A legislação ateniense visava claramente que a filha, não sendo herdeira, esposasse ao menos um herdeiro. Se, por exemplo, o falecido deixava um filho e uma filha, a lei autorizava o casamento da irmã com o irmão, contanto que não tivessem nascido da mesma mãe. O irmão, herdeiro único, podia, à sua escolha casar com a irmã, ou adotá-la.

Se o pai tinha apenas uma filha, podia adotar um filho e dar-lhe sua filha em casamento. Podia ainda instituir por testamento um herdeiro que casasse com a filha. Se o pai de filha única morresse sem ter adotado, nem testado, o antigo direito exigia que o seu mais próximo parente fosse herdeiro, ficando este herdeiro na obrigação de casar com a filha. (...)

Em Atenas o costume era o mesmo; o pai podia fazer continuar a descendência por sua filha, dando-a ao marido sob esta condição especial. O filho nascido desse casamento ficava como continuador do avô materno; seguia o culto do pai e de sua mãe; assistia aos seus atos religiosos, e mais tarde cuidava do seu túmulo. No direito hindu essa criança herdava do avô como se fora seu filho. Em Atenas deu-se exatamente o mesmo. Quando o pai casava sua filha única como acabamos de dizer, seu herdeiro não seria nem a filha nem o genro, mas o **filho de sua filha**. Ao atingir a maioridade, tomava logo posse do patrimônio do avô materno, embora seu pai e sua mãe ainda estivessem vivos.

Estas singulares tolerâncias da religião e da lei confirmam a regra relatada acima. A filha não se considera pessoa capaz para o ato de herdar. Mas, por atenuação muito natural desse princípio rigoroso, filha única considerava-se intermediária pela qual a família podia ter seqüência. Não herdava, mas o culto e a herança transmitiam-se por seu intermédio.

(...) Esses princípios regulavam a ordem de sucessão. Se determinado homem, tendo perdido o filho e a filha, deixasse apenas netos, quem herdava era o filho de seu filho, e não o filho de sua filha. Na falta de descendentes, o herdeiro era o irmão e não a irmã; o filho do irmão, nunca o filho da irmã. Na falta de irmãos e de sobrinhos, era necessário remontar à série dos ascendentes do defunto, subindo-se sempre na linha

masculina até se encontrar um ramo que se tivesse destacado da família por um varão; depois descia-se de novo por esse ramo de varão a varão, até que se encontrasse um homem ainda vivo: esse seria o herdeiro. (...)

Nos tempos de Justiniano, o legislador não compreendia mais estas velhas leis; pareciam-lhe iníquas, acusando-se de excessivo rigor o direito das Doze Tábuas 'que sempre dava preferências à posteridade masculina e excluía da herança aqueles que só estavam ligados ao defunto por mulheres'. Direito iníquo, se se assim o desejarmos, porque não levava em consideração a natureza, mas direito singularmente lógico porque, partindo do princípio de que a herança estava ligada ao culto, afastava desta aqueles que a religião não autorizava a continuar o culto. (COULANGES, 1975, p. 31, 43-44, 59, 61-63).

É interessante perceber que, quando não havia filhos e filhas, quem herdava era o neto, filho do irmão, e não da irmã. Além disso, na falta de filhos e netos, herdavam os parentes do defunto identificados pela linha masculina. São múltiplos, pois, os aspectos sucessórios observados em Roma, fundados em questões de gênero.

Como visto, diversos estudiosos cuidam da sucessão na Roma Antiga. São mais escassos, entretanto, textos que abordem o desenvolvimento do Direito de Sucessões na Idade Média. Sobre o desenvolvimento desse direito, nessa época, esclarece Caio Mário:

Na Idade Média, o conceito político à propriedade da terra haveria de polarizar o direito hereditário, como afirmação de suserania: o senhor transmitia com a terra o poder que esta lhe proporcionava; o vassalo renovava, no novo *dominus*, o voto devido ao antigo; o servo ao receber a posse da gleba reavivava o voto de subordinação que o ligara ao antecessor.

No direito moderno, a propriedade, posto que individual, é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originalmente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima ou testamentária" (PEREIRA, 2006, p. 19-20) .

Mais próximo da atualidade⁷, o Direito das Sucessões na Modernidade é assim retratado por Washington de Barros Monteiro:

O primitivo direito sucessório apresentava ainda outras características expressivas; por exemplo, o antigo direito francês estabelecia regimes diversos para a transmissão hereditária de fundos nobres e plebeus. Cada região possuía um direito hereditário de fundos nobres e plebeus. Cada região possuía um direito hereditário próprio, só se obtendo uniformização com o Código de Napoleão. Na Inglaterra, por seu turno,

⁷ Essa expressão "mais próximo da atualidade" deve ser entendida como referente a um aspecto temporal e não às convicções da época retratada na citação, que não guardam consonância com o Direito das Sucessões hodierno. A citação marca, somente um salto temporal, um adiantamento dos tempos retratados no estudo histórico proposto.

antes de 1925, deparavam-se igualmente mais de cem ordens diversas de sucessão, distinguindo-se duas modalidades sucessórias, a real e a pessoal. Além disso, imbuído do propósito de fortalecer a autoridade paterna, contemplava o antigo direito sucessório numerosas causas de deserdação, algumas despidas de qualquer relevância.

Tudo isso se acha fundamentalmente inovado, ao influxo de novas idéias, mais generosas e justas. O direito moderno procura igualar e uniformizar a transmissão hereditária. Desapareceram assim, paulatinamente, as restrições feudais e os privilégios sucessórios. O direito das sucessões converte-se num só para todo o país. As causas de deserdações, fundadas exclusivamente em razões graves, tornam-se taxativas, sendo mesmo o instituto excluído de várias legislações". (MONTEIRO, 2003, p. 3).

Nota-se que, na Roma Antiga, a diferenciação maior entre os herdeiros era fundada no sexo e na primogenitura. Já, na Idade Média, outros fatores entram em análise, pois senhores também se instituíam herdeiros das terras de seus servos,⁸ sendo uma relação sucessória não fundada em parentesco, mas, sim, na dependência econômica e financeira, na necessidade que os servos detinham da proteção organizada por seus senhores, entre outras formas de vinculação dessas duas camadas.

2.2.1 O Direito das Sucessões no Brasil

No Brasil, anteriormente ao Código Civil de 1916, vigoravam as Ordenações Filipinas⁹ e Manoelinas, que apresentavam uma ordem de vocação hereditária na

⁸ No início deste trabalho, no item 2.1, há, inclusive, esclarecimento sobre a expressão *droit de saisine*, teoria que, quando de sua criação, defendia a passagem direta da herança do servo a seus herdeiros, sem intermediação dos senhores e pagamento de taxas a esses, para que a sucessão pudesse se processar.

⁹ Ordenações Filipinas. Título XCIV. Como o marido e a mulher succedem hum a outro. Fallecendo o homem casado abintestado, e não tendo parente (2) até o décimo grão contado segundo o Direito Civil (3), que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com elle estava e vivia em casa teuda e manteuda (4), como mulher com seu marido (1), ella será sua universal herdeira (2).

E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ella primeiro fallecer sem herdeiro até o dito décimo grão (3). E nestes casos não terão que fazer em taes bens os nossos almoxarifes. M – liv. 04. T. 69. Quarto livro das ordenações.

Título XCVI. Como se hão de fazer partilha entre os herdeiros (4). Quando algum homem casado (1), ou sua mulher se finar, deve o que ficar vivo (2), dar partilha (3) aos filhos do morto, se os tiver, quer sejam filhos d'antre ambos, quer da parte do que se finou, se forem legítimos, ou taes, que por nossas Ordenações ou Direito devam herdar (4) seus bens.

E não havendo filhos (5), dará partição aos netos (6), ou outros descendentes do de funcio (1), ou aos ascendentes, se descendentes não os tiver (...) Livro 4. Título 96.

qual ditavam que os sucessores eram, em primeiro lugar, os descendentes, seguidos dos ascendentes, parentes até o décimo grau e, por fim, o cônjuge.

O cônjuge recebia sua meação e os casais eram, na grande maioria das vezes, casados pelo regime de comunhão universal de bens. A herança só era conquistada se o consorte morto não houvesse deixado nenhum descendente, ascendente ou parente até o décimo grau, o que era quase impossível. O cônjuge era, portanto, meeiro, mas, quase nunca, herdeiro.

O Código Civil de 1916 trouxe o cônjuge para o terceiro lugar na ordem de vocação, após os descendentes e ascendentes e estipulou que, na ausência de ascendentes, descendentes e cônjuges, herdariam os parentes até o sexto grau.

Em 1946, o Decreto-Lei 9.641, de 5 de julho, restringiu o grau de parentesco para fins de recebimento de herança, estipulando que herdariam parentes até o quarto grau, seguindo a linha da “Lei Feliciano Penna.”

Esta lei ficou conhecida, por ter sido uma proposta desse parlamentar, que, em 1907, propôs, através do Decreto 1.839, de 31 de dezembro, a redução do parentesco em décimo grau, para o sexto grau, para fins de direito à herança.

O Código Civil de 1916, então, assumiu essa determinação de que herdariam os parentes até o sexto grau, e não mais em décimo grau como ocorreu até 1907, época em que a “Lei Feliciano Penna” entrou em vigor.

Anos mais tarde, como visto, o mencionado Decreto-lei, em 1946, restringiu ainda mais o grau de parentesco para fins de direitos sucessórios, limitando-o ao quarto grau¹⁰.

O direito nacional, regulado primitivamente, no Código Filipino e tratado sem método algum, não se ateve à ordem estabelecida por Justiniano; antes, alterou-o, tendo em vista o liv. 4º, tít. 8º do código visigótico.

Assim, a ordem de vocação hereditária que, como direito pátrio, vigorou até 31 de dezembro de 1907, quando foi promulgada a Lei nº 1.839, era a seguinte:

- a) descendentes, até o infinito,
- b) ascendentes, até o infinito,
- c) colaterais, até o 10º grau de consangüinidade,
- d) cônjuge sobrevivente,
- e) fisco.

Com a promulgação, porém, da Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, sofreu o direito nacional grandes modificações, ficando a ordem de vocação hereditária constituída da seguinte maneira:

¹⁰ Há um projeto de lei, nº 4.944 de 2005, comentado no penúltimo capítulo deste estudo, que propõe redução, ainda maior, do grau de parentesco, para fins de sucessão, restringindo-o ao terceiro grau.

- a) descendentes, até o infinito,
- b) ascendentes, até o infinito,
- c) cônjuge sobrevivente,
- d) colaterais, até o 6º grau de consangüinidade,
- e) fisco.

A Lei de 1907, estabelecendo nova ordem de sucessíveis no direito pátrio, modificou o sistema do Código Filipino, já passando o cônjuge sobrevivente para a terceira classe, então ocupada pelos colaterais, que passaram a fazer parte da quarta classe, já reduzindo a sucessão destes ao 6º grau, quando anteriormente ia até o 10º, além de firmar a sucessão do fisco, deferindo-a à União, aos Estados ou ao Distrito Federal, conforme o domicílio do *de cujus* pertencer às respectivas circunscrições ou ao território não incorporado a qualquer delas.

O Cód. Civil, promulgado pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e novamente publicado com as correções ordenadas pela Lei nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919, manteve, não só a ordem de vocação hereditária estabelecida pela Lei nº 1.839, de 1907, como também outras modificações introduzidas por essa última lei, a respeito da legítima dos herdeiros necessários, tais como:

- a) aumento da quota disponível, que passou a ser a metade dos bens, quando, antes, era a terça parte;
- b) a conversão da legítima em outras espécies diferentes das deixadas pelo *de cujus*;
- c) a incomunicabilidade da legítima e sua livre administração por parte da filha herdeira, embora casada;
- d) a inalienabilidade temporária ou vitalícia da legítima de qualquer herdeiro necessário". (OLIVEIRA, 1952, p. 134-136).

Havia também toda uma distinção quanto aos direitos sucessórios entre os filhos, consequência das diversas classificações que recebiam. Cumpre, antes de abordar como se dava a sucessão dos descendentes, explicitar as classificações atribuídas às “várias espécies” de filhos.

Os filhos naturais eram aquelas crianças provenientes de pais e mães solteiros. Se esses pais contraíssem matrimônio com as mães de seus filhos os descendentes passavam a ser chamados de legitimados.

A sucessão dos descendentes, então, de acordo com o próprio Código Civil de 1916, deveria se dar de forma diferente. Os filhos legítimos, aqueles oriundos de relações de casamento, herdavam o dobro, em comparação aos filhos naturais reconhecidos após o casamento, sendo que essa situação perdurou até a Constituição Federal de 1937.

Ainda assim, havia parcela de magistrados que defendiam que o preceito da Constituição de 1937 não era auto-aplicável, dependendo de regulamentação via legislação ordinária.

As crianças, filhas de relações classificadas como de concubinato impuro, adulterinas ou incestuosas, eram chamadas de filhos espúrios e não herdavam porque não poderiam ser reconhecidas e também não poderiam, tampouco, ser legitimadas. O concubinato impuro era aquele formado por pessoas impedidas de

casar, por não se encontrarem solteiras, divorciadas ou viúvas, ou seja, eram as uniões entre parentes próximos, impedidos de casar, ou entre pessoas casadas que mantinham uma segunda relação, paralela ao matrimônio.

Os filhos legítimos, como explicitado, eram os filhos de pessoas casadas, havidos durante o matrimônio. Os legitimados eram filhos de pessoas que contraíram o casamento após o nascimento da prole, legitimando, com o casamento, os filhos comuns, como determinava o artigo 229 do Código Civil brasileiro de 1916.

Ditava o artigo: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns antes deles nascidos ou concebidos (Brasil, 1916)”.

Havia, ainda, como abordado, a classe dos filhos espúrios. A palavra espúria significa impura. Dentro dessa classificação, como espúrios, estavam os filhos adulterinos e incestuosos. Mas toda aquela prole havida fora do casamento, desde os espúrios e até os naturais eram chamados de filhos ilegítimos. Legítimos eram apenas os advindos de uma relação de matrimônio, a partir de “justas núpcias”.

O homem casado, inclusive, não poderia ser réu em uma ação de investigação de paternidade porque a lei 883/49, expressamente, vedava que homens casados fossem réus nessas ações, somente podendo as mesmas se processarem após a separação judicial desses pais ou da separação de fato dos mesmos por período superior a cinco anos. Essa situação era bastante cômoda para o homem que tinha um filho fora do casamento. Não precisava reconhecê-lo, aliás, nem poderia, enquanto durasse seu matrimônio. Além disso, não precisaria pagar alimentos ou deixar herança para o mesmo, haja vista que não poderia, de acordo com a lei, como já afirmado, reconhecê-lo.

Esse reconhecimento só era viabilizado através de testamento, documento com produção de efeitos *post mortem*, e que em alguns casos não auxiliava a vida do filho chamado ilegítimo, por longo tempo, haja vista que o reconhecimento só produziria efeitos após a morte do pai, que poderia ocorrer quando o filho já se encontrava em fase adulta, faltando ao mesmo o apoio paterno durante a infância e adolescência.

Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação.

§ 1º Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

§ 2º Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos. Artigo 1º da lei 883/49. (BRASIL, 1949).

Em caso de morte, para que o cônjuge sobrevivente que desconhecia prole de seu consorte, havida anteriormente ao casamento, ou havida fora do matrimônio, em relação concomitante, adulterina, não fosse “pego de surpresa”, a referida lei determinava, ainda, que se o cônjuge sobrevivo concorresse apenas com filhos desconhecidos, reconhecidos através de testamento pelo autor da herança, seria assegurada, a ele, a metade da herança, além de sua meação.

“Na falta de testamento, o cônjuge casado pelo regime de separação de bens terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta lei”. Artigo 3º da Lei 883/49. (BRASIL, 1949).

A Lei do Divórcio, Lei 6.515 de 1977 foi responsável por determinar que todos os filhos, “de qualquer natureza”, herdariam de igual maneira, sem qualquer distinção. Entretanto, tal disposição só veio a surtir reais efeitos, em 1988, com a Constituição Federal, ao proibir qualquer tipo de diferenciação entre filhos.

Isso ocorria porque, apesar da Lei de 77 estipular igualdade sucessória entre os filhos chamados, à época, de adulterinos, incestuosos, naturais, legítimos e legitimados, a prole adulterina ou incestuosa só passou a poder ser reconhecida em 1988, porque até então não era, e, portanto, não herdava.

Até o advento da Constituição da República de 1988, então, a igualdade sucessória alcançava os filhos naturais, legítimos e legitimados, pois os filhos espúrios só poderiam ser reconhecidos através de testamento, e o reconhecimento de filho ilegítimo, por testamento, era exceção e estava condicionado à vontade do ascendente.

Dita a Constituição Federal de 1988, no artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6.º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Anteriormente à Lei do Divórcio, o filho adulterino, quando reconhecido, herdava metade do que coubesse ao filho legítimo ou legitimado.

Além disso, o filho adotivo era também discriminado em matéria sucessória. Até a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, a adoção de crianças e adolescentes poderia ser restrita ou plena. A adoção restrita só vinculava crianças e adolescentes aos adotantes, e não toda a família do adotante ao adotado, como ocorre hoje. Era também revogável por vontade entre as partes e não envolvia direitos sucessórios, como pode-se extrair da seguinte passagem:

A Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965, introduziu no ordenamento brasileiro a “legitimação adotiva”, como proteção ao menor abandonado, com a vantagem de estabelecer um vínculo de parentesco de primeiro grau, em linha reta, entre adotante e adotado, desligando-se dos laços que o prendiam à família de sangue mediante a inscrição da sentença concessiva da legitimação, por mandado, no Registro Civil, como se os adotantes tivessem realmente tido um filho natural e se tratasse de registro fora do prazo (art. 6º).

A Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que dispôs sobre o Código de Menores, revogou a lei da legitimação adotiva, substituindo-a pela “adoção plena”, praticamente com as mesmas características constantes da lei revogada e também visando proporcionar a integração da criança ou adolescente adotado na família adotiva.

Ao lado da forma tradicional do Código Civil, denominada “adoção simples”, passou a existir, com advento do mencionado Código de Menores de 1979, a “adoção plena”, mais abrangente, mas aplicável somente ao menor em situação “irregular”. Enquanto a primeira dava origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último de sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguia os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, como foi dito, a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural.

Finalmente, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13-7-1990), o instituto da adoção passou por nova regulamentação, trazendo como principal inovação a regra de que a adoção seria sempre plena para os menores de 18 anos. A adoção simples, por outro lado, ficaria restrita aos adotandos que já houvessem completado essa idade.

Passaram a ser distinguidas, assim, duas espécies legais de adoção: a civil e a estatutária. A *adoção civil* era a tradicional, regulada no Código Civil de 1916, também chamada *restrita* porque não integrava o menor totalmente a família do adotante, permanecendo o adotado ligado a seus parentes consangüíneos, como já mencionado, exceto no tocante ao poder familiar, que passava para o adotante, modalidade esta limitada aos maiores de 18 anos. A *adoção estatutária* era a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de 18 anos. Era chamada, também, de adoção *plena*, porque promovia a absoluta integração do adotado na família do adotante, desligando-o completamente de seus parentes naturais, exceto no tocante aos impedimentos para o casamento. (GONÇALVES, 2006, p. 331-332).

Assim, em princípio, a adoção não envolvia direitos sucessórios se o adotante já tivesse filhos biológicos, e se os filhos biológicos fossem posteriores à adoção, o filho adotivo herdava metade. A adoção restrita, permitida pelo Código Civil de 1916,

até o Código de 2002, só vinculava adotante e adotado, não gerava direitos sucessórios, por exemplo, entre os pais do adotante e o adotado, como ocorreria atualmente. Nesse sentido, também ensina Maria Helena Diniz:

*A adoção plena, estatutária ou legitimante, foi a denominação introduzida, em nosso país, pela Lei n. 6.697/79, para designar a legitimação adotiva, criada pela Lei n. 4.655/65, sem alterar, basicamente, tal instituto. Com a revogação da Lei n. 6.697/79 pela Lei n. 8.069/90, art. 267, mantivemos aquela nomenclatura por entendê-la conforme aos princípios e efeitos da adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e ante o fato de essa terminologia já estar consagrada juridicamente, pois tem sido empregada desde a era de Justiniano, que admitia tanto a *adoptio plena* como a *adoptio minus plena*, baseando tal distinção no critério da irrevogabilidade. A *adoção plena* era a espécie de adoção pela qual o menor adotado passava a ser, irrevogavelmente, para todos os efeitos legais, filho dos adotantes, desligando-se de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Essa modalidade tinha por fim: atender o desejo que um casal tinha de trazer ao seio da família um menor, que se encontrasse em determinadas situações estabelecidas em lei, como filho e proteger a infância desvalida, possibilitando que o menor abandonado ou o órfão tivesse uma família organizada e estável. Assim, a criança até 12 anos e o adolescente entre 12 e 18 anos de idade tinham o direito de ser criados e educados no seio da família substituta, assegurando assim sua convivência familiar e comunitária (Lei n. 8.069/90, arts. 19 e 28, 1ª parte)". (DINIZ, 2007, p. 485).*

O ECA determinou que, a partir de 1990, todas as adoções de crianças e adolescentes seriam plenas. Antes do ECA e da Lei 6.697 de 1979, o Código de Menores, a adoção por pessoas que já tivessem filhos biológicos, como já abordado, não tinha conseqüências sucessórias, não herdando o filho adotivo. Os filhos biológicos, se posteriores à adoção, herdavam o dobro em comparação ao filho adotivo.

Isso se dava porque, em princípio, o instituto da adoção centrava-se mais em beneficiar a pessoa do adotante e não o adotado. Com o passar do tempo é que vislumbrou-se que o instituto visava “dar filhos a quem a natureza negou” (DINIZ, 2007, p. 484), mas também assegurar às crianças e aos adolescentes essa forma de colocação em família substituta para que a criança e o adolescente tenham o Direito à Convivência Familiar e Comunitária preservado.

Prova de que a adoção, em um momento inicial, fora aplicada para atender aos interesses do adotante, no Brasil, é o fato de que até 1957, anteriormente à lei 3.133/57, apenas pessoas maiores de 50 anos, sem filhos, é que poderiam adotar.

O instituto, como percebe-se, era um último recurso para que aqueles que demonstravam, até pela avançada idade, que não teriam filhos, pudessem se tornar pais adotivos.

A seguinte passagem, retirada da obra de Silvio Rodrigues, explica a diferenciação travada ao longo da história do Direito Brasileiro, para fins de diferenciação sucessória entre filhos, assim como o caminho da legislação rumo à igualdade de direitos hereditários entre a prole:

O Código Civil de 1916 distinguiu, na sucessão do descendente, o filho legítimo, de um lado, e o natural, ou adotivo, de outro. Ainda mais: como os filhos incestuosos e adulterinos não podiam ser reconhecidos (art. 358), não lhes era permitido, tampouco, serem chamados à sucessão. Alerto que estou utilizando essas designações, já abolidas, para efeito exclusivamente didático.

Leis posteriores, entretanto, modificaram fundamentalmente o panorama fixado inicialmente, sendo certo, aliás, que, em virtude da publicação da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77) e principalmente do art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, tal distinção não mais subsistiu, uma vez que aquele texto, para efeitos sucessórios, pôs termo às diferenças entre os filhos de qualquer natureza. Entretanto, há um interesse histórico em analisar a evolução do problema.

Como regra geral, o codificador de 1916 equiparava ao filho legítimo, para efeito de sucessão, os filhos legitimados, os naturais reconhecidos antes do casamento e os adotivos de casais sem outros filhos. Todos herdavam igualmente (art. 1.605).

Tratando-se, todavia, de filho natural reconhecido após o casamento de seu progenitor, recebia ele apenas a metade do que coubesse a seu irmão legítimo ou legitimado (art. 1.605, § 1º).

De certo modo isso representava um progresso em face do regime até então vigente, em que o filho natural, reconhecido pelo pai na constância do casamento, não desfrutava de quaisquer direitos hereditários. (...)

O preceito se fundava em que o reconhecimento do filho natural, na constância do matrimônio, poderia representar uma surpresa para o outro cônjuge, que assim veria, por esse ato, surgir um concorrente para os seus filhos, que são legítimos, na sucessão de seu consorte. Por isso, com o intento de proteger a prole legítima, e já que não se excluía da sucessão aquele intruso ilegítimo, dever-se-ia ao menos colocá-lo em situação inferior a seu irmão legítimo, dando-lhes apenas metade do que herdasse este último (...).

Com efeito, pelo art. 126 da Carta Constitucional de 1937, determinou o legislador a igualdade absoluta entre filhos legítimos e naturais, sem ressalva quanto ao momento de seu reconhecimento (...)

Uma parte importante da doutrina entendeu que a tal regra revogara o art. 1.605, § 1º, do aludido Código Civil e que, portanto, o filho natural, quer reconhecido antes, quer depois do casamento de seu progenitor, concorria com seu irmão legítimo na sucessão daquele, em igualdade de condições.

A opinião contrária baseava-se em que o art. 126 (...) continha apenas uma recomendação ao legislador ordinário, não sendo auto-aplicável o preceito. (...)

A controvérsia doutrinária se estendeu à jurisprudência, havendo julgados nos dois sentidos.

(...) Para analisar o problema da sucessão do filho então chamado espúrio, mister se faz distinguir o incestuoso do adulterino, pois se a situação de ambos era idêntica no regime do Código Civil de 1916, por força do art. 358, que proibia o seu reconhecimento, ao depois ela se tornou diversa, em vista da Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, ter facultado o reconhecimento do adulterino.

Quanto ao filho incestuoso, a proibição de seu reconhecimento continuava vigente, pois o art. 358 do mencionado Código Civil, apenas alterado pela Lei n. 883/49, não o permitia. Como sem o reconhecimento não se estabelece parentesco, o filho incestuoso não podia herdar *ab intestato* de seu pai, porque legalmente não é seu parente.

O filho adulterino, ao contrário, podia ser reconhecido, ou demandar que se lhe declarasse filiação, desde que dissolvida a sociedade conjugal de que participava o seu progenitor adúltero. Até a promulgação da Lei do Divórcio, se concorresse à

sucessão, com irmão legítimo ou legitimado, recebia ele só a metade do que coubesse àquele; posteriormente, entretanto, por força da modificação trazida por aquela lei, passou a herdar quinhão igual a seu irmão.

(...) Embora o art. 1.605 do Código Civil de 1916 equiparasse, para efeito de sucessão, o filho adotivo ao legítimo, o § 2º desse dispositivo discriminava contra aquele, pois determinava que, se concorresse com filhos supervenientes do adotante, receberia só a metade do que a estes coubesse. Portanto, essa era a situação. Não havendo outros descendentes, o adotado herdava todo o espólio do adotante. Mas se, após a adoção, sobrevivessem filhos ao adotante, o adotado só haveria a metade do que herdasse o descendente consanguíneo.

(...) A alteração importante no campo do direito sucessório encontrava-se no art. 377 do Código Civil de 1916, na redação que lhe deu a lei de 1957. Dizia esse artigo que, quando o adotante tivesse filhos, a relação de adoção não envolveria a de sucessão hereditária". (RODRIGUES, 2003, p. 101-106).

O artigo 1.605 do Código Civil de 1916, como explicitado, foi alterado pelo artigo 51 da lei 6.515 de 1.977, a "Lei do Divórcio", como ficou conhecida, por ter inserido no Brasil a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, através do divórcio, o que causou, inclusive, na época, muita polêmica, entre os favoráveis e contrários à dissolução matrimonial por meio do divórcio, e equiparou a sucessão entre todos os filhos, com exceção dos espúrios.

Estatuía o artigo 1.605 do Código anterior:

Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e adotivos.

§ 1.º (*Revogado pela Lei 6.515/77*).

§ 2.º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente a metade da herança cabível a cada um destes. Art. 1.605 do Diploma Civil de 1916. (BRASIL, 1916).

Há de se ressaltar, porém, que esse dispositivo da lei 6.515 de 1977, que igualava a sucessão de filhos adotivos, legítimos, legitimados e naturais não resolvia o problema totalmente. Os filhos espúrios, adulterinos ou incestuosos, como já abordado, não poderiam ser reconhecidos se o pai era casado com outra mulher, que não a mãe de seu filho, e se não havia reconhecimento, os filhos não poderiam pleitear seus direitos a alimentos ou seus direitos sucessórios.

Com relação aos filhos espúrios, adulterinos ou incestuosos a total igualdade sucessória apenas se consagrou a partir da Constituição Federal de 1988, em decorrência dos ditames do artigo 227, § 6º, já transcrito neste trabalho, e de Princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia, da Paternidade Responsável, da igualdade jurídica entre os filhos, presentes no texto de nossa Magna Carta.

“Art. 1. º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana (...)”. (BRASIL, 1988).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...) §7. º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (...). (BRASIL, 1988).

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 1988).

2.3 Críticas ao Direito das Sucessões

Ao Direito à herança são atribuídas críticas diversas de vários autores, filósofos e estudiosos, que variam seus argumentos, partindo da afirmação de que o Direito Sucessório não deveria existir, pois toda a riqueza vem da coletividade e a ela deve regressar após a morte, até a afirmação de que o Direito de Sucessões poderia provocar no herdeiro o desejo vil de que aqueles que lhe legariam herança morressem.

Há várias outras argumentações daqueles que se mostram contrários ao Direito das Sucessões. Há quem sustente que o Direito de Sucessões estimularia o ócio de futuros herdeiros que têm ciência de que são destinatários de quantia considerável, desestimulando-os ao trabalho e diminuindo a mão de obra disponível no mundo. (FIUZA, 2003, p. 849-850).

Outra alegação freqüente é de que aquele que enriqueceu por meio de vencimentos pagos ao funcionalismo público, teve sua riqueza acumulada, proveniente de dinheiro público, e que não seria justo que após a morte do funcionário público a distribuição da herança fosse restrita a seus parentes, haja vista que, na verdade, é oriunda de verba pública e não deveria ser legada a um

grupo limitado e pequeno de parentes do finado, mas, sim, poderia ser devolvida a toda a sociedade.

Nos casos em que a fortuna foi acumulada em decorrência de exploração de atividade empresarial, sustentam os contrários ao direito à herança, que a exploração de tal atividade apenas se deu porque o Estado permite que tal exploração aconteça e, além de tal fato, fornece condições para que o executor da atividade comercial encontre ali clientela, também só existente através de concessão do Estado. Desse modo, para os contrários ao direito sucessório, também aquele que desenvolveu atividade privada não deveria legar sua herança a um grupo limitado de parentes, mas, sim, a toda a coletividade.

Ocorre, todavia, que a existência do direito de sucessão é um fator responsável por alimentar a economia. Um dos motivos que levam os empresários a ampliarem seus negócios e a almejarem produzir mais também é a certeza de que o patrimônio e a riqueza acumulados por seus esforços passarão, um dia, aos seus descendentes e parentes. Um empresário ampliaria seus negócios e buscaria produzir mais se soubesse que, ao morrer, teria sua herança não repartida entre os seus?

O que o Estado pode fazer para beneficiar um número maior de pessoas com a exploração da atividade empresarial de poucos é o que já faz, tributando esses negociantes, recolhendo o pagamento de impostos.

Com relação às grandes fortunas tem o Estado, ainda, a possibilidade de tributá-las, aplicando o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto constitucionalmente, porém nunca regulamentado e posto em prática.

Dita o artigo 153 da Constituição Brasileira de 1988: “Compete à União instituir impostos sobre: (...), VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar”. (BRASIL, 1988).

Quanto àqueles que exercem cargos públicos, o Estado deve se preocupar em impor limites à remuneração dos mesmos, fixando tetos salariais razoáveis, condizentes com a realidade de nosso País, impedindo que funcionários recebam salários exorbitantes e que gerem acúmulo de heranças vultosas, totalmente provenientes de cofres públicos, a serem colocadas nas mãos de poucos, transmitidas a um grupo restrito de parentes.

Não se trata de pagar mal o funcionalismo público, ao contrário, é necessária a fixação de uma remuneração justa e condizente com a função desempenhada,

que valorize, sim, o profissional que desenvolve atividade pública, sem configurar, entretanto, uma afronta à economia do país e a toda a sociedade o pagamento de salários que, somados a gratificações, diárias e ajudas de custos representem remuneração desproporcional à realidade econômica Brasileira.

As atividades privadas, por sua vez, devem ser cada vez mais estimuladas, movimentando a economia e gerando empregos, sendo a contribuição para com toda a sociedade observada através do pagamento de impostos e da geração de empregos.

Sobre as críticas direcionadas ao Direito das Sucessões, ensinam os professores:

A sucessão *mortis causa* é, entretanto, por muitos, criticada. O direito socialista é o principal crítico, por não permitir a propriedade privada dos meios de produção. Admite, todavia, a propriedade individual dos bens de consumo e uso pessoal e sua conseqüente transmissão *mortis causa*.

Ainda contra a sucessão, apesar de não serem socialistas, temos Fichte, Montesquieu, Kant, Comte e outros que dizem ser a herança um desestímulo ao trabalho e à produção, perdendo com isso a coletividade.¹¹(FIUZA, 2003, p.849-850).

Apresentando outros motivos pelos quais o direito em pauta é criticado, temos:

(...) Asseveram eles que a herança e a escravidão foram as duas grandes instituições introduzidas no mundo pela preguiça. Com efeito, a herança gera desigualdade entre os homens, acumulando riquezas nas mãos de alguns indivíduos apenas. Em segundo lugar, ela não se justifica, porque as forças econômicas devem convergir para os mais aptos e prova não há de que os herdeiros satisfaçam esse requisito. Em terceiro lugar, aduz-se ainda, não deve existir outra fonte de aquisição de bens que não o próprio trabalho. Por essas razões, concluem os adversários do direito sucessório, a fortuna das pessoas falecidas deve volver à coletividade, que lhe dará aplicação mais adequada e mais útil aos interesses sociais. (MONTEIRO, 2003, p. 5).

Ainda sobre o mesmo assunto, tem-se a contribuição de Silvio Rodrigues:

Contudo, nesse campo, sua argumentação se exacerba, pois sustentam que o direito hereditário, por um lado, não só cria como incentiva a desigualdade entre os homens, alimentando, desse modo, a injustiça. Além de injusto, entendem esses pensadores que a consagração do direito hereditário é inconveniente, pois acoroça a indolência, visto que as pessoas aquinhoadas com uma herança não precisam trabalhar para sobreviver, o que implica diminuição da mão-de-obra nacional. Por outro lado, o direito hereditário vai impedir que os meios de produção caiam nas mãos dos mais aptos, o que representa eventual ameaça de prejuízo para a coletividade. Por essa

¹¹Nessa passagem o autor faz referência às seguintes obras: KOLOMATSKAYA. S. P. et. al. Osnovy sovetskovo grazhdanskovo prava. Moskva: Vyshaya shkola, 1986, st. 111. FICHTE, Johann Gottlieb. Introdução à teoria do estado. Os pensadores. 2. ed., São Paulo: Abril cultural, 1984 p. 279. MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Os Pensadores. 3. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 409. KANT, Immanuel. The science of right. Great Books of the westeins Word. Chicago: University Chicago, 1952, p. 427 -428. COMTE, Auguste. Catecismo positivista. Os pensadores.2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 279.

razão – concluem – o direito sucessório deve ser abolido do quadro dos direitos subjetivos, devolvendo-se ao Estado os bens da pessoa que falecer. (RODRIGUES, 2003, p. 5).

Entre os argumentos favoráveis àqueles que defendem o Direito Sucessório destacam os autores:

A favor temos a grande maioria de pensadores ocidentais. Enquanto subsistir o sistema capitalista de propriedade privada, subsistirá a sucessão *causa mortis*. Ela é o fator de união familiar, enriquecimento da poupança do trabalho produtivo. Seus excessos é que devem ser aparados na linha hereditária e pela tributação¹². (FIUZA, 2003, p. 850).

Acerca do direito de herança ser também uma forma de parentes protegerem seus entes queridos, entre outros argumentos, destacam-se:

Apesar das críticas que lhe têm sido feitas, o direito das sucessões é disciplinado nas legislações de todos os povos.

Suprimi-lo é violentar os sentimentos da pessoa para com os seus parentes mais próximos; é alterar profundamente muitos direitos assegurados na legislação civil, pois o estado passaria a ser o único proprietário do patrimônio deixado pelo falecido. E ninguém – é certo -, iria fazer economia, fazer poupança, criar um patrimônio a fim de deixá-lo para o Estado.

E como já afirmaram diversos juristas, ninguém teria a plena propriedade das coisas: seria apenas um usufrutuário. (OLIVEIRA, 2004, p. 4).

O argumento se mostra mais nítido quando se encara a hipótese contrária. Não admitida a transmissão hereditária, falta ao indivíduo incentivo para amealhar e conservar a riqueza, sendo provável que consagre os últimos anos de sua vida a esbanjar um patrimônio que não pode deixar a seus entes queridos. Tal comportamento representa prejuízo para a sociedade. Ademais, raramente a lei deixaria de ser burlada, pois, mediante doações, ou liberdades simuladas em negócios onerosos, o titular do direito tentaria transmitir seu patrimônio a seus herdeiros. (RODRIGUES, 2003, p. 6).

Roberto Senise Lisboa apresenta os argumentos favoráveis à manutenção do Direito das Sucessões, descrevendo os objetivos da função hereditária e a “função social” do mesmo, pois, de acordo com o autor o direito à herança provoca, na maioria dos casos, um desmembramento e aumento do número de proprietários, pois são mais raros os casos em que uma pessoa deixa patrimônio a, também, uma única pessoa¹³.

¹²Nessa passagem o autor faz referência às seguintes obras: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, cit. v. VI, p. 4 et seq. JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, *passim*.

¹³ *Data máxima vênia*, todavia, ressalvas podem ser levantadas com relação a esse argumento, principalmente, nos dias atuais, em que o número de filhos em famílias de classes média e alta está sendo reduzido e, em muitos casos, restrito a um único descendente.

Os objetivos da sucessão hereditária são:

- a) a perpetuidade do patrimônio na família do *de cujus*;
- b) a demonstração do apreço do sucedido pelo herdeiro;
- c) a continuidade das relações jurídicas provindas do *de cujus*.

É inegável que o direito hereditário possui uma função social, à semelhança do que sucede com a propriedade e o contrato.

Afinal, a sucessão é um meio de distribuição de riquezas entre os membros da família, para sua consolidação e bem estar, não havendo por que negar eu, por meio da partilha da herança, um maior número de sujeitos e de núcleos familiares se beneficiarão do patrimônio outrora concentrado nas mãos de uma só pessoa.

Cabe lembrar, ainda, que o interesse social se torna mais evidente com a inserção do poder público na ordem de vocação hereditária a inexistência de herdeiros necessários, do cônjuge sobrevivente ou de parente colateral.

(...) A solução adotada pelo legislador civil de manutenção do patrimônio na família do *de cujus* pode até ser considerada conservadora, porém é inegavelmente um meio satisfatório de se permitir aos integrantes da família enlutada de prosseguir com os propósitos para os quais tal patrimônio foi constituído, com a percepção das necessidades dos sucessores.

Não se buscou um modelo socialista nem qualquer modelo misto de sucessão, segundo o qual parte do patrimônio necessariamente seria destinada ao poder público. Pelo contrário, manteve-se um modelo de transmissão primordial aos familiares, assentado em normas de ordem pública e em disposição de última vontade limitada por tais normas". (LISBOA, 2006. p. 419-420, 427.).

A humanidade deve lutar, sim, pelo bem estar das populações e pela diminuição das desigualdades sociais, criando condições de vida mais dignas a todos, mas, o caminho a ser percorrido rumo a uma sociedade mais justa, promotora de condições que assegurem direitos básicos a todos os cidadãos de forma plena e digna, não se daria através da erradicação do direito sucessório, mas, sim, por meio de outras medidas tais como combate à corrupção, bom gerenciamento de verbas públicas e investimentos em setores realmente importantes, evitando o desvio de capital público com gastos que não são prioritários.

Seguem as visões de outros autores, destacando os pontos positivos do Direito Sucessório, uma vez que estimula a produção e que a supressão do mesmo poderia criar desordem e situações complicadas, pois se não fosse permitida a transmissão de patrimônio do homem a seus herdeiros, estaria o proprietário convidado a não lutar pelo acúmulo de riquezas ou a deteriorar a própria fortuna a fim de que ela não ficasse para o Estado, ou, ainda, seria o particular tentado a buscar formas de burlar a lei, através da doação em vida aos filhos.

A essas objeções, de modo incisivo e lúcido, responde CUNHA GONÇALVES nos seguintes termos: a) abolindo a herança, suprime o socialismo um dos mais poderosos estímulos à atividade humana, o desejo de transmitir à prole os meios necessários ao seu conforto e bem-estar; b) a supressão aniquila o espírito de poupança e de capitalização favorecendo o desperdício e fomentando a prodigalidade. Desaparecerá o interesse pela economia, ninguém mais se preocupará com a acumulação de bens, se obrigando a deixá-los à coletividade após a sua morte; c) estanca uma das mais apreciáveis fontes de renda do herário público, a

arrecadação do imposto de transmissão causa mortis; d) elimina uma das bases de coesão familiar, condenando seus membros ao individualismo, à dispersão de forças e ao egoísmo personalista; e) espolia a família, em proveito da comunidade, esquecidos seus adeptos de que a primeira representa o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social, merecedora, por isso, do maior amparo; f) não é verdadeira a afirmativa de que o Estado faça melhor aplicação dos haveres, pois, infelizmente, repetem-se os casos de malversação dos dinheiros públicos; g) finalmente, a abolição da herança, preconizada pelos socialistas, pode ser facilmente burlada. Como não existe herança, o indivíduo faz doação em vida aos herdeiros, mediante reserva de usufruto (...). (MONTEIRO, 2003. p. 6).

É óbvio que se retirarmos do homem o estímulo que o anima a lutar – constituir um patrimônio, uma garantia aos seus e a si mesmo – ele se acomodará à inatividade ou a terá para assegurar a própria sobrevivência.

O verdadeiro ponto de vista é aquele que, sem perder a visão de seu aspecto econômico, descortina no direito das sucessões natural complemento do direito da propriedade, projetando-se além da morte do autor da herança, conjugado ou não com o direito de família.

Propriedade que se extinga com a morte do respectivo titular e não se transmita a um sucessor não é propriedade, porém, mero usufruto. A propriedade não existiria se não fosse perpétua e a perpetuidade do domínio descansa precisamente na sua transmissibilidade *post mortem*. (CAMPOS JÚNIOR, 1997, p. 26).

A própria Rússia admitiu o direito sucessório, ao perceber a impossibilidade de se sustentar supressão a tal direito e os entraves à economia que aquela negativa poderia causar:

Por decreto de 27-4-1918, art. 1.º, aboliu a Rússia o direito sucessório. Entretanto, diante do insucesso, inseriu em seu Código Civil, art. 416, disciplina permitindo a transição hereditária, desde que o valor da herança não excedesse a dez mil rublos ouro. Se houvesse bens em valor superior àquele limite, passariam à plena propriedade do Estado, segundo preceituado no art. 417 do mesmo código. Nova investida, novo fracasso.

Convenceram-se os soviéticos de que o direito sucessório era uma necessidade real e um sustentáculo do crescimento do patrimônio não só particular, mas da coletividade, em razão do que, pela Constituição de 5 de dezembro de 1936, em seu art. 10, ficou totalmente admitido o direito sucessório sem nenhuma restrição. (DAIBERT, 1981, p. 10).

Alguns autores refletem sobre o fato de que a sucessão hereditária, contribui, inclusive, para diminuir o sentimento de angústia do homem, ao saber que apesar de sua finitude, pode vislumbrar que, após a sua morte, seus entes queridos darão continuidade à propriedade do patrimônio resultante de seus esforços.

Na humanidade nada é eterno, duradouro ou definitivo. É o homem perseguido pelo estigma de sua finitude, que o acompanha em sua consciência e limita os anseios no futuro. Esta a verdade mais concreta, dura e incontestável. Mas a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre, e que o tornam vivo ou presente nas memórias.

A morte desencadeia uma ruptura no domínio dos bens. Cessa a vida corporal, mas subsiste a da alma, que é imortal. No entanto, os bens materiais estão ligados à vida

corporal, necessário que outras pessoas venham e assumam a titularidade, de modo a se recompor a ordem ou a estabilidade no patrimônio. (RIZZARDO, 2005, p. 1).

A natureza dotou todos os homens de sentimentos de respeito, de gratidão, de amor para com aqueles que lhes estão ligados por laços de sangue e estabeleceu entre eles deveres recíprocos. Essas relações afetivas e morais, fundadas na natureza humana, devem, por isso mesmo, ser reconhecidas e protegidas pelo direito. (OLIVEIRA, 1952, p. 46).

Desse modo, o Estado conta com meios de beneficiar a coletividade em situações de sucessão patrimonial *post mortem*, através da tributação que já exerce. Não configuraria medida mais útil à sociedade a supressão do direito sucessório, que teria, na verdade, impactos negativos sociais e econômicos.

3 DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 O Direito Sucessório na Atualidade

Matéria de suma importância é a discussão acerca da divisão do patrimônio deixado, entre os herdeiros, em decorrência da morte do sucedido. Dita a legislação civil que a lei aplicável para ordenar o modo como se procederá a divisão dos bens do autor da herança é a lei em vigor no momento do óbito.

Assim, pessoas que morreram na vigência do Código Civil de 1916 terão os bens legados divididos em conformidade com as estipulações do Código Civil brasileiro anterior.

Além disso, pessoas que viviam em união estável e que perderam seus companheiros terão os bens deixados pelos conviventes que faleceram entre 1994 e 2002, regidos pelas leis 8.971/94 e 9.278/96.

Diferentemente da simplicidade da ordem de vocação hereditária disposta no Código Civil de 1916, que contemplava, em primeiro lugar, os ascendentes, seguidos dos descendentes, dos cônjuges e, por fim, dos colaterais, inicialmente, colaterais até o sexto grau, fato modificado, em 1946, estendendo-se o direito de herança até os colaterais em quarto grau, o Código Civil atual modificou, de maneira considerável, a nova lista de chamamento para o exercício do Direito Sucessório¹⁴.

A legislação em vigor trouxe várias inovações à ordem de preferência, fazendo com que o regime de bens escolhido pelo casal exerça influência no modo de divisão de herança entre descendentes e cônjuge sobrevivente, incluindo o cônjuge no rol dos herdeiros necessários e colocando a posição do cônjuge supérstite não inferior à dos ascendentes, como antes ocorria.

Além disso, a legislação atual reservou uma cota parte para os casos em que o cônjuge concorra à sucessão apenas com filhos comuns, fato que não existia, entre outras modificações que serão citadas no decorrer deste trabalho.

¹⁴ É interessante lembrar que até a entrada em vigor da “Lei Feliciano Penna”, em 1907, herdavam os parentes até o 10º grau. Após o advento da lei o parentesco sucessível foi limitado ao 6º grau e, anos mais tarde, em 1946, foi restrito ao 4º grau, através do decreto 9.461, de 05 de julho, limitação recepcionada pelo novo Código Civil. Há hoje projeto de lei, número 4.994 de 2005, visando restringir o parentesco para o 3º grau, para fins de sucessão. Neste trabalho essa questão já havia sido explanada no primeiro capítulo, no subtítulo “O Direito das Sucessões no Brasil”.

Quanto à sucessão do companheiro, essa é tratada em dispositivo separado dos relativos às pessoas casadas, presentes no Código Civil, assim como também é disciplinada pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, e será alvo de estudo por meio da análise proposta por este texto¹⁵.

Urge, antes de passar aos comentários acerca da nova ordem de vocação hereditária, expor o conceito dessa expressão. Para explicá-la, serão transcritas as reflexões apresentadas pelos autores seguintes:

Essa ordem, chamada de vocação hereditária, foi estabelecida pelo legislador, fundada na teoria da vontade presumida do autor da herança, pois, existia a presunção de que a vontade do *de cujus* seria deixar seus bens, obedecendo esta ordem, principiando seus descendentes, seguindo-se os ascendentes; o cônjuge; os colaterais até o 4º grau e, finalmente, inexistindo qualquer dessas pessoas, a herança caberia ao Município, ao Distrito Federal ou à União. (FARIA, 2002, p. 121)¹⁶.

A vocação hereditária é aquele ordenamento legal que atribui às pessoas a condição de herdeiro para o fim de receber seu quinhão hereditário. (DAIBERT, 1981, p.15).

O Código Civil de 2002 assim estatui acerca da ordem de vocação à herança:

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. 1640, 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. (BRASIL, 2002).

Como se pode perceber, a partir da leitura do artigo 1.829, que trata da sucessão de uma pessoa solteira ou casada, pois a sucessão dos companheiros é tratada em apartado, devemos concluir que, no caso do óbito de pessoas casadas pelos regimes de comunhão universal ou de separação obrigatória de bens, a herança deverá ser totalmente entregue aos descendentes do morto. Caso não haja descendentes, a herança será dividida entre o cônjuge sobrevivente e os ascendentes do finado.

Faz-se necessário destacar, então, que, atualmente, o regime de bens influencia na forma de distribuição de patrimônio do morto a seus herdeiros.

¹⁵ Alega-se que as Leis 8.971/94 e 9.278/96 são utilizadas para efeito de distribuição de herança entre companheiros, porque a lei que rege a distribuição de patrimônio hereditário é a lei em vigor no momento da morte. Nos casos de pessoas que morreram antes do CCB atual, então, podem ser aplicados tais diplomas legais. Além disso, alguns de seus dispositivos serão observados em sucessões abertas nos dias atuais, como aquele que assegura ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação com relação ao imóvel utilizado como moradia do casal.

¹⁶ No presente texto o autor faz menção à ordem de vocação hereditária atual.

Na hipótese em que a pessoa é solteira e venha a falecer, seu patrimônio deve ser entregue aos seus descendentes e, se não os houver, aos ascendentes e, se também não existirem, aos colaterais até o quarto grau.

Essencial expor, antecipadamente ao aprofundamento das discussões, traço diferenciador entre os termos *herança* e *meação*. A meação é o direito à propriedade de metade dos bens adquiridos, onerosamente, durante o casamento regido pelo regime de comunhão parcial ou de participação final nos aqüestos. Os bens conquistados, a título eventual, também são repartidos conforme regras do regime de comunhão parcial de bens. No regime de comunhão universal a meação é o direito à propriedade de metade de tudo o que for acumulado pelo casal, mesmo que adquirido anteriormente à união ou adquirido durante a união a título gratuito ou eventual.

No regime de separação de bens, a meação compreende o direito à metade de todo o patrimônio comprado e registrado em benefício de ambos os consortes. Os bens que figurarem em nome apenas de um dos cônjuges, somente a este pertencem.

A **meação** do cônjuge, como já acenado, não é herança. Quando da morte de um de seus consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. Na comunhão universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão dos aqüestos, 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 nessa 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 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, ou cônjuge, conforme o caso". (VENOSA, 2004, p. 108-109)¹⁷.

Faz-se necessária a prestação de alguns esclarecimentos, quanto aos regimes de bens, antes de adentrar na discussão específica concernente à nova ordem de vocação hereditária.

¹⁷ Exceto nos casos de separação obrigatória de bens, que ocorre nos casos de casamentos de maiores de sessenta anos, de pessoas que dependerem de consentimento judicial para casar e daqueles que não observarem as causas suspensivas, como dispõe o artigo 1.641 do CCB, pois nesses casos incide a Súmula 377 do STF, que estatui que: "nos regimes de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". (BRASIL, 1964).

No regime de comunhão parcial de bens o patrimônio adquirido durante a união é repartido entre os consortes. A aquisição patrimonial anterior ao casamento ou advinda, no curso da união, por herança ou doação, são excluídas da meação, a não ser que tenham se passado em favor de ambos os cônjuges.

No regime da comunhão universal são repartidos todos os bens presentes e futuros adquiridos a qualquer título, incluindo-se na divisão, portanto, os bens que o cônjuge possuía ao casar e também os acumulados durante o matrimônio, ainda que a título gratuito. Os bens advindos ao casal, por herança e doação, pois, entram na comunhão, estando excluídas as heranças e doações a um só dos cônjuges, desde que gravadas com cláusula de incomunicabilidade.

Na relação regida pelo regime de participação final nos aqüestos, os bens de titularidade do marido ou da esposa, ao casarem, estão excluídos da comunhão, assim como o patrimônio advindo por herança e por doação, desde que não se destinem a ambos os cônjuges. A divisão recairá sobre o patrimônio comprado na constância da união, parecendo este regime, em muito, com o da comunhão parcial, diferindo-se com relação à administração dos bens, que pode se dar de forma isolada e não conjunta e sobre a venda de bens que pode ser realizada, inclusive de bens imóveis, com a autorização de apenas um dos cônjuges, desde que integrante do patrimônio particular do alienante e havendo pacto pré-nupcial autorizando a venda de bens imóveis sem a autorização de ambos os consortes.

Há, ainda, a possibilidade de que o casal crie seu regime híbrido, através de pacto antenupcial.

De acordo com o CCB são essas as principais determinações regentes dos regimes de bens comentados:

“Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. (BRASIL, 2002).

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

- I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;
- V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva.
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade;
- V - os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Art. 1.672. No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (BRASIL, 2002).

O regime de comunhão universal é, portanto, aquele que prega a divisão de todo o patrimônio do casal, não importando se adquirido a título gratuito ou oneroso.

Desse modo, a herança não se confunde com o direito à meação. Uma pessoa casada pelo regime de comunhão universal, por exemplo, além de seu direito à meação, à propriedade de metade de tudo o que era pertencente ao casal, receberá, ainda, a outra metade que cabia ao *de cujus*, nos casos em que o morto não tenha deixado filhos, ou ascendentes, ou, ainda, receberá conjuntamente com os ascendentes do finado, parcela da metade dos bens que pertenciam a ele, caso sejam vivos os mencionados ascendentes.

Ainda tratando desse mesmo regime, de comunhão universal, caso o finado tivesse descendentes, teria sua herança totalmente entregue à prole, restando ao viúvo (a) a meação dos bens do casal.

As maiores polêmicas surgem quando, além do cônjuge sobrevivente, restam também descendentes. Ao colocar o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, como se dará a divisão de patrimônio entre viúvo (a) e filhos do autor da herança?

Essa temática é o ponto central do próximo tópico desenvolvido na presente tese.

3.2 A Concorrência entre Cônjuge Supérstite e Descendentes do Autor da Herança

Os primeiros a serem chamados para recebimento da herança são os descendentes do falecido. Em alguns casos, haverá concorrência entre o cônjuge viúvo e os descendentes do morto. A proteção inicial à prole se dá pela presunção de que os mesmos seriam os principais destinatários do afeto e da preocupação quanto à proteção, por parte do autor da herança. Neste sentido, coloca Salomão Cateb:

Desde a mais remota história da civilização, o homem sempre dedicou afeição maior a seus filhos, descendentes diretos, mesmo sangue, mesma carne, imaginando, muitas vezes, ser possível o filho seguir os passos do pai, em autêntico prolongamento da vida *post mortem*. A afeição que os pais têm pelos filhos é o reflexo da própria natureza, encontrando-se entre os animais irracionais idêntica afeição protetiva pelos filhos, a ponto de perder a própria vida na defesa de sua ninhada.

A lei humana segue os passos da natureza e os filhos estão colocados em primeiro lugar, na ordem de vocação hereditária, na classe dos descendentes. (CATEB, 2003. p. 88).

Como já abordado neste estudo, o regime de bens escolhido pelo casal influencia a forma de distribuição dos bens e, questões maiores surgem quando do óbito de pessoa casada pelo regime de comunhão parcial. Determina o Código que a pessoa casada pelo regime de comunhão parcial de bens não concorre com os descendentes do consorte morto, com relação à herança, salvo se o *de cujus* houver deixado bens particulares¹⁸.

Tormentosas dúvidas são lançadas pelo legislador ao redigir, dessa maneira, o dispositivo 1.829, pois, não deixa claro se a concorrência entre o viúvo e descendentes do morto, para recebimento do acervo hereditário, se daria com relação a toda a herança deixada pelo finado ou se trataria apenas de divisão do patrimônio particular do falecido entre cônjuge supérstite e descendentes do autor da herança.

Ao tentarmos realizar a apuração da intenção do legislador, buscando-se a *mens legis*, verificaremos que, quando já há meaçaõ do casal, ou seja, quando o

¹⁸ A sucessão entre companheiros será tratada a seguir. Neste tópico é abordada somente a sucessão entre pessoas casadas.

cônjuge sobrevivente já é proprietário de metade do acervo deixado, não há concorrência do mesmo com os descendentes do morto. Tanto é assim, que pessoas casadas pelo regime de comunhão universal de bens não concorrem com os descendentes com relação ao patrimônio deixado pelo cônjuge falecido, pois, já são proprietários de metade do patrimônio do casal, só recebendo parte da herança, além da meação a que já fazem jus, caso o morto não tenha deixado descendentes, hipótese em que receberão em concorrência com os ascendentes.

O mesmo se aplica às pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial, quando não há bens particulares, pois, nesse caso, o viúvo recebe apenas sua meação, sem concorrência com descendentes do finado.

Além disso, é preciso compreender que bens particulares são aqueles bens que a pessoa casada pelo regime de comunhão parcial tinha antes de casar ou os recebidos durante a união, através de herança e doação. Também são particulares os instrumentos de profissão e bens de uso pessoal.

Há autores, todavia, que advogam que, em um casamento desfeito pela morte de um dos consortes, regido pelo regime de comunhão parcial de bens, havendo bens particulares, deverá haver a divisão de toda a herança deixada pelo autor do montante, inclusive dos bens particulares, entre o viúvo e os descendentes do morto.

Alegam os mesmos que a lei não estipulou que a concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido se restringiria aos bens particulares. Realmente, a lei não faz essa diferenciação expressa. Porém, esses autores se esquecem que sustentar essa causa fará com que, nas hipóteses em que o morto tenha deixado um bem particular de valor extremamente pequeno, a existência de tal bem ocasionará a divisão de todo o patrimônio deixado pelo autor da herança entre o cônjuge supérstite e os descendentes do finado.

Portanto, nas situações em que o morto tenha deixado um único bem particular de pouco valor e vários outros bens comuns, de acordo com esses estudiosos, haveria, para o cônjuge sobrevivente, além de sua meação, o direito de concorrer com os filhos do morto a toda a herança por este deixada, apenas por haver, entre os bens, um bem particular.

Há de ser acrescentado, ainda, que se esquecem os defensores dessa causa, que sempre há bens particulares deixados. Não podemos ignorar que os bens de uso profissional e os objetos de uso pessoal também são bens particulares e que

não há quem não os tenha e que, portanto, venha a falecer sem deixar, ao menos, objetos de uso pessoal. Sendo assim, uma pessoa casada pelo regime de comunhão parcial de bens sempre deixaria bens particulares, pois, além dos bens acumulados durante o casamento, deixaria também bens de uso pessoal e os instrumentos de uso profissional, que são particulares, o que ocasionaria, por conta disso, a divisão de toda a herança deixada entre o viúvo e os descendentes do *de cujus*, além do direito à meação pertencente ao meeiro supérstite.

Estipular um valor mínimo para os bens particulares ensejarem a divisão do acervo dos bens deixados entre cônjuge supérstite e descendentes do morto também não parece uma solução ao problema, porque ainda resta evidente que a intenção do legislador era a de afastar tal concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do finado, quando, pelo regime de bens, já tivesse, o meeiro, recolhido sua meação com relação ao patrimônio adquirido ao longo da união, no caso da comunhão parcial e com relação a todos os bens do casal, no caso da comunhão universal.

Corroborando com essas idéias acerca da concorrência, restrita apenas aos bens particulares e traçando explanações ao complexo artigo 1.829 do Código Civil, escreve Eduardo de Oliveira Leite:

As novidades do **art. 1.829**: o artigo em questão alterou profundamente nossa ordem de vocação hereditária; agora, o cônjuge sobrevivente concorre à divisão da legítima, em igualdade com os descendentes ou ascendentes do falecido. Isto é, deixa de ser herdeiro legítimo facultativo e passa a ser herdeiro legítimo necessário.

Exceções: na segunda parte do **art. 1.829** o legislador abre exceções decorrentes do regime de bens (comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens) partindo do pressuposto de que *'quem é meeiro, não deve ser herdeiro'*.

1ª exceção: 'salvo ser casado com o falecido no regime da comunhão universal'

Sendo o cônjuge meeiro (ou seja, já tendo a metade do patrimônio) não há nenhuma razão para ser herdeiro; caso contrário, ganharia duas vezes e a lei não quer que isso ocorra.

Exemplificativamente: Em patrimônio correspondente a R\$100.000,00 no regime da comunhão universal de bens biparte-se o acervo em duas partes: R\$50.000,00 correspondentes à meação e os outros R\$50.000,00 correspondentes à cota do *de cujus* (isto é, R\$25.000,00 relativos à legítima + R\$25.000,00 relativos à cota disponível).

Não é justificável que ao cônjuge sobrevivente, casado nesse regime, revertisse a meação (R\$50.000,00) mais parte da legítima (R\$12.500,00 – se concorrendo com apenas um filho), ou seja, um total de R\$62.500,00, porque a lei é clara na exceção aberta em relação ao regime de comunhão universal de bens. (...)

2ª exceção: 'ou (salvo) se casado no regime da separação obrigatória de bens'

No regime da separação não há patrimônio comum. O cônjuge sobrevivente não tem direito à meação do outro, porque o regime repudia a divisão do que nunca foi comum. Além do mais, desde o momento em que a **Súmula 377** do STF pôs fim à polêmica da comunicabilidade dos bens aqüestos no regime de separação legal dos bens (atual **art. 1.641**), não há que se falar em concorrência com os demais herdeiros. (...)

3ª exceção: 'ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares'.

Aqui, o legislador cria duas hipóteses de incidência da regra de exceção.

1. A regra geral dispõe que o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes, porque já meeiro (nos aqüestos) quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Como aqüestos são divisíveis, o cônjuge já estaria garantido via meação.
2. Se o autor da herança houver deixado bens particulares (a *contario sensu* da regra geral) conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os demais descendentes.

Assim, exemplificativamente:

Num acervo de R\$100.000,00 o cônjuge sobrevivente (do autor da herança que houver deixado bens particulares) herdará em igualdade de proporções (por direito próprio), *v.g.*, com três descendentes, o equivalente a R\$25.000,00 (ou seja, R\$25.000,00 para cada um dos filhos), mais a cota que lhe compete na qualidade de cônjuge sobrevivente. (LEITE, 2004, p. 138-141).¹⁹

Desse modo, como visto, podemos perceber que o citado autor sustenta que, no regime de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivo recolha sua meação e concorra com os descendentes do morto, apenas com relação aos bens particulares, uma vez que defende que, quando já há meação, não há necessidade de concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do morto.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, temos a lição de Fábio Ulhoa.

Em relação ao primeiro fator, a lei atribui ou nega a qualidade de concorrente ao cônjuge em função do regime de bens adotado no casamento. Desse modo, concorrem os cônjuges casados nos regimes de separação facultativa e participação final nos aqüestos. Os cônjuges casados nos regimes de comunhão universal e de separação obrigatória não concorrem com os descendentes do falecido. Em relação aos casados em regime de comunhão parcial, haverá concorrência sobre os bens particulares do falecido, se este os tiver deixado; não os tendo, por consequência, o concurso não se instala.

A regra estabelecida pelo art. 1.829, I, do CC, sobre a concorrência do cônjuge com os descendentes, em função do regime de bens, não é difícil de se operacionalizar. Definido o regime, sabe-se se há ou não concorrência. Difícil é entender o critério que teria baseado as escolhas do legislador. Ao excluir da concorrência o cônjuge casado em comunhão universal de bens, parece considerar que ele, por ter já assegurado a meação, não ficaria ao desamparo em razão do passamento de seu esposo ou esposa. Se é este o valor prestigiado pelo legislador, então se compreende, igualmente, a regra sobre a exclusão da concorrência no caso da comunhão parcial sem bens particulares. Claro, quando não existem bens particulares, os cônjuges casados em comunhão parcial encontram-se em situação patrimonial idêntica à dos unidos em regime de comunhão total. (COELHO, 2006, p. 260, 261).

Em sentido contrário, manifesta-se a Professora Maria Helena Diniz, entendendo que deverá, no regime da comunhão parcial, haver a concorrência com relação a toda a herança deixada e não restrita aos bens particulares. Alega a professora, que a herança é um todo unitário, não passível de fragmentações e que, se o artigo 1.829 não apresenta expressamente a regra de que a concorrência seja

¹⁹ Através dos gráficos expostos em sua obra, não reproduzidos nesse trabalho, o autor reforça sua posição, de que a concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do falecido, deva se restringir aos bens particulares.

limitada a tais bens, essa interpretação, restringindo tal concorrência àqueles bens particulares, também não deveria ser extraída pelos estudiosos do Direito. Para a autora, se a lei não especifica que a concorrência seja restrita a essa parcela de bens, então, a mesma deveria recair sobre todos os bens deixados.

Surge, aqui, uma questão polêmica: na concorrência com descendente, o cônjuge, que preencher os *requisitos legais gerais* (ausência de separação judicial ou de separação de fato há mais de 2 anos) e os *especiais* (regime de comunhão parcial, havendo bens particulares do falecido; regime de separação convencional ou de participação final nos aqüestos), terá sua quota, considerando-se todo o acervo hereditário ou apenas os bens particulares do falecido?

Acatamos a primeira posição, como já dissemos, porque a lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do *de cujus* e para atender ao *princípio da operabilidade*, tornando mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro. A existência de tais bens é mera condição ou requisito legal para que o viúvo, casado sob o regime de comunhão parcial, tenha capacidade para herdar, concorrendo, como herdeiro, como descendente, pois a lei o convoca à sucessão legítima. Além disso: a) a herança é indivisível, deferindo-se como um *todo unitário*, ainda que vários sejam os herdeiros (CC, art. 1.791 e parágrafo único); b) o viúvo que for ascendente dos herdeiros (descendentes do *de cujus*), tem direito a uma quota não inferior a *um quarto da herança* (CC, art. 1.832); c) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário (CC, arts. 1.845 e 1.846), tendo direito à quota legítima a ser respeitada na sucessão testamentária, visto que o *de cujus* só poderá dispor de sua porção disponível (*metade da herança*). Se o cônjuge é herdeiro necessário, concorrerá com os descendentes na totalidade da herança do *de cujus*, ou no mínimo em 50% da herança, se o *de cujus* dispôs, de sua parte disponível, em testamento. Se o casal, casado sob o regime de comunhão parcial, tinha em comum R\$500.000,00, R\$250.000,00 seriam a meação de cada um, retirando o viúvo a sua parte. Logo a *herança* será constituída de R\$250.000,00 (antiga meação do *de cujus*) e R\$200.000,00 (bens particulares do falecido). Desses R\$450.000,00, a *legítima* dos herdeiros necessários (descendentes e cônjuge) será de R\$225.000,00. Havendo testamento, o viúvo concorrerá, no mínimo, como descendentes do *de cujus* nesse R\$225.000,00, e, não havendo deixo testamentária, em R\$450.000,00. A quota indisponível é deferida aos herdeiros necessários (sucessores, legitimários), que terão sobre ela quinhão igual, que constituirá a legítima individual; d) a separação convencional pode ser absoluta ou relativa. A absoluta estabelece incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. A relativa circunscreve-se aos bens presentes, comunicando-se os frutos e rendimentos. Nada obsta a que os nubentes, no pacto antenupcial, disponham sobre a comunicabilidade dos aqüestos, para evitar enriquecimento indevido. E, apesar disso, o art. 1.829, I, não exige, para que o viúvo herde, a existência de bens particulares do *de cujus*; logo, o viúvo concorre com os descendentes nos aqüestos. (DINIZ, 2007, p. 122-123).

Acreditando também dever ser a concorrência abrangente a toda a herança, incluindo bens particulares e a metade dos bens adquiridos durante a comunhão, que era de propriedade do finado, no caso da comunhão parcial, acrescenta Luiz Paulo Vieira de Carvalho, que outro ponto que reforça a argumentação dos autores é que a meação não se confunde com a herança e que o fato do (a) viúvo (a) ser meeiro não significa que ele esteja sendo beneficiário em matéria sucessória, na medida em que a herança se difere da meação e com ela não deve ser confundida.

No regime da comunhão parcial (art. 1.658 do CC/02), necessariamente, comunicam-se a título de meação, os aqüestos. No entanto, meação não é herança, e inexistindo bens particulares do falecido (que não se comunicaram ao cônjuge sobrevivente) no acervo inventariado, este sobrevivente não concorrerá à herança com os descendentes do falecido.

Para melhor entendermos a redação desta parte final do inciso I, um tanto quanto confusa, vejamos um exemplo: se João, casado com Maria pelo regime da comunhão parcial, comprou, sem sub-rogação, dois apartamentos na constância do matrimônio, existem dois aqüestos e ela tem meação nestes. Se João, ao falecer, não deixou outro bem a ser inventariado como bem particular e tem descendentes, Maria não concorrerá à herança em propriedade. Quem vai recolher tudo são os mencionados sucessores, porquanto presume-se que ela já está amparada pela meação.

No entanto, se João tem um apartamento que obteve antes do matrimônio, ou depois a título gratuito, e adquiriu dois aqüestos na constância do mesmo, Maria receberá sua meação nestes aqüestos e a outra parte deles, somando-se ao bem particular, comporá a herança de João, agora falecido, a que ela vai concorrer, em participação sobre todo o acervo inventariado, com os descendentes deste, comuns ao casal ou não. A concorrência também ocorrerá se o acervo inventariado for composto somente de bens particulares do falecido.

Deste modo, os regimes de bens que permitem sempre ao cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes do hereditando independentemente de qualquer requisito, são: o da *separação convencional* (arts. 1687 e ss. do CC/02) e o da *participação final nos aqüestos* (arts. 1672 e ss. do CC/02). (CARVALHO, 2003, p. 114).

Data máxima vênia, expondo-se pensamento contrário aos dos autores, melhor seria que sempre que houvesse a meação, fosse afastada a concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do falecido e que, em caso de concorrência, essa se limitasse a repartir entre viúvo e herdeiros descendentes, os bens particulares da herança.

Faz-se mais correto esse raciocínio porque parece traduzir melhor a própria intenção do legislador, que demonstrou preocupação em proteger a meação, mas não em atribuir, ao cônjuge supérstite, direitos hereditários idênticos aos dos descendentes. Há também a problemática questão de que um bem particular de pequeno valor ensejaria a concorrência, entre cônjuge supérstite e descendentes, de toda uma herança de valor considerável.

É certo que a herança e a meação não se confundem. Mas o cônjuge sobrevivente não deve ser considerado, em todas as situações, herdeiro. Em alguns casos ele é apenas meeiro.

O fato do legislador ter incluído o cônjuge no rol dos herdeiros necessários faz com que ele não possa ser afastado por completo da herança por simples deixa testamentária e também o torna sempre concorrente com relação aos ascendentes do consorte falecido.

Não era intenção do legislador, todavia, que na concorrência com descendentes do morto, o cônjuge viúvo (a) fosse sempre herdeiro (a). Em alguns casos, deve ele recolher apenas a sua meação.

Esse argumento pode ser comprovado pelo fato de que nos casos de casamento disciplinados pela comunhão universal e comunhão parcial de bens, quando não há bens particulares, o legislador deixou claro que a participação do (a) viúvo (a) se dará a título de meeiro (a) e não de herdeiro (a), ou seja, trata-se de participação nos bens decorrente do Direito de Família e não de uma participação sucessória.

A lei privilegia, sabiamente, então, em primeiro lugar, os filhos, que são tidos pelo legislador como aqueles que mais recebiam o amor do ascendente morto.

Segue a opinião, relacionada ao assunto, de Carlos Roberto Gonçalves:

Em regra, não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, se o regime de bens do casamento era o da *comunhão universal*. Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorre desde a celebração da união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária. De fato, sendo viúvo ou a viúva titular da meação, não há razão para que seja ainda herdeiro, concorrendo com filhos do falecido.

Afastada fica também a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cujus*, se o regime de bens do casal era o da *separação obrigatória*. Tal regime é imposto por lei às pessoas que contraírem o matrimônio com inobservância das causas suspensivas, se forem maiores de 60 anos ou dependerem de suprimento judicial para casar (CC, art. 1.641).

Essa separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam. Exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial por vontade dos cônjuges é que se afasta o direito de concorrência com os descendentes, a fim de evitar qualquer burla à imposição legal. É a única exceção ao princípio de que, inexistindo meação, haveria concorrência.

Não faria sentido, com efeito, permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial.

Não haverá ainda concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido numa terceira hipótese cogitada na parte final do inciso I do art. 1.829 do Código Civil: '*se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares*'.

Vale dizer, a *contrário sensu*, que haverá a mencionada concorrência se, *no regime da comunhão parcial*, o autor da herança *deixou bens particulares*, ou seja, se já possuía bens ao casar, ou lhe sobrevieram bens, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar (CC, art. 1.659, I). Questão relevante se propõe nesse caso: o cônjuge terá a sua quota calculada sobre todo o espólio, ou somente com relação aos bens particulares deixados pelo falecido?

Predomina na doutrina, no entanto, entendimento contrário, fundado na interpretação teleológica do dispositivo em apreço, especialmente na circunstância de que a *ratio esendi* da proteção sucessória do cônjuge foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação. Os que a têm, nos bens comuns adquiridos na constância do casamento, não necessitam, e por isso não devem, participar da que foi transmitida, como herança, aos descendentes, devendo a concorrência limitar-se aos bens particulares deixados pelo *de cujus*. O quinhão hereditário correspondente à

meação do falecido nos bens comuns será, assim, repartido exclusivamente entre os descendentes, sendo que o cônjuge somente será sucessor nos bens particulares.

Em suma: se o casamento tiver sido celebrado no *regime da comunhão parcial*, deixando o falecido bens particulares, receberá o cônjuge a sua meação nos bens comuns adquiridos na constância do casamento e concorrerá com os descendentes apenas na partilha dos bens particulares. Se estes não existirem, receberá somente a sua meação nos aqüestos.

Observe-se que o regime da participação final dos aqüestos é de natureza híbrida, ou seja, separação na constância do casamento, e a comunhão parcial após a sua dissolução. Havendo bens particulares, haverá a concorrência com os descendentes. (GONÇALVES, 2007, p.151-156).

Sobre a matéria, há orientação, também, na obra de Caio Mário da Silva Pereira, na qual consta que dada a complexidade da nova ordem de vocação, nenhuma afirmação possui caráter absoluto:

Tanto no sistema do Código Civil de 1916, quanto no atual, não há confundir o direito à herança, reconhecido ao cônjuge supérstite, com a sua *meação*. No sistema do Código de 1916, a meação era um efeito da comunhão, ao passo que o direito hereditário não dependia do regime de bens; no Código Civil novo, todavia, nenhuma das afirmações pode ser feita em caráter absoluto, como adiante se demonstra. À meação, em regra, já tem o cônjuge direito em vida do outro, na vigência da sociedade conjugal, não lhe advindo, portanto, *successionis causa*. (PEREIRA, 2006, p. 133).

No tocante à polêmica concorrência do consorte sobrevivente, com os descendentes do finado ser restrita ou não aos bens particulares, além da meação, posiciona-se Eduardo de Oliveira Leite:

Conforme o art. 1.829, I, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os descendentes se for casado com o falecido no regime de comunhão universal de bens ou no regime de separação obrigatória (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. A redação legal é muito ruim. Nem sempre essas situações que afastam o sobrevivente da herança concorrente com os descendentes significarão proteção ao sobrevivente, se essa foi, como parece, a intenção do legislador. Certamente haverá oportunidades nas quais a jurisprudência deverá aparar arestas. Esse texto merece ser aprimorado. A intenção do legislador foi tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existir bens decorrentes de meação. Pode ter sido o casamento regido pela comunhão parcial e o morto ter deixado apenas bens particulares de pouco valor. Ainda, não se mostrará justa, que muitas oportunidades, a exclusão do cônjuge da herança nessa hipótese legal, quando o casamento foi realizado sob o regime de separação obrigatória. Muito trabalho terão, sem dúvida, a jurisprudência e a doutrina, sob o prisma desse artigo.

O sentido da lei foi, sem dúvida, proteger o cônjuge, em princípio, quando este nada recebe a título de meação. Assim, quando casado em comunhão de bens, porque o patrimônio é dividido, o cônjuge não será herdeiro em concorrência com os descendentes. No regime de separação obrigatória, tantas vezes referido, o cônjuge também não herda nessa situação, pois haveria, em tese, fraude a esse regime imposto por lei. Tudo leva a crer que, no futuro, a jurisprudência se encarregará de abrandar esse rigor, como no passado, levando em consideração profundas iniquidades no caso concreto. Questão mais complexa é saber da condição de herdeiro ao cônjuge, quando casado sob o regime de comunhão parcial, se o autor da

herança não houver deixado bens particulares. Pode ocorrer que o *de cujus* tenha deixado apenas bens particulares de ínfimo valor, o que exigirá um cuidado maior do julgador para alcançar o espírito buscado pela nova lei.
A maior dificuldade interpretativa do art. 1.829, I, reside justamente na hipótese do casamento sob regime de comunhão parcial de bens". (VENOSA, 2004, p. 113).

Reforça, pois, o autor, a importância da reflexão acerca do tema em pauta, haja vista a posição dos operadores e estudiosos do Direito, a fim de evitar injustiças, dada a dificuldade da matéria.

3.3 A Herança e a Concorrência entre Cônjuge Sobrevivo e Descendentes nos Regimes de Separação de Bens e Participação Final nos Aquestos

Aspecto ao menos curioso é a omissão do texto legal com relação aos casamentos regidos pelo regime voluntário da separação de bens, ou seja, quando não se trata de separação obrigatória de bens, assim como da falta de menção sobre como se dará a sucessão nos casamentos em que optou-se pelo regime de participação final nos aquestos ou até algum regime híbrido, misto, criado através de pacto pré-nupcial.

Urge mencionar, antes do aprofundamento do estudo deste tema, que o casamento regido pela separação de bens pode se dar em duas situações: obrigatoriamente ou de forma voluntária.

Os maiores de 60 anos, os que dependerem de suprimento judicial para casar e aqueles que se casam com inobservância das causas suspensivas para o matrimônio, previstas no artigo 1.523, se casam pelo regime de separação obrigatória, como dispõe o artigo 1.641.

Mas há aqueles casais que optam por tal regime, escolhendo a separação dos bens, e o artigo 1.829 apenas faz referência ao regime de separação obrigatória.

É preciso lembrar, ainda, que a Súmula 377, visando diminuir injustiças, determinou que "no regime legal de separação de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento", aplicando-se, a referida Súmula aos casos de separação obrigatória, somente, e não à separação convencionalizada pelas partes.

Nos casos de pessoas casadas pelo regime de participação final nos aqüestos há duas teorias que devem imperar para explicar a omissão legal. A primeira delas dita que deve-se enquadrar pessoas casadas por esse regime ao tratamento dado aos casos de pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial de bens, na medida em que o regime de comunhão parcial é o que mais se assemelha ao regime de participação final nos aqüestos. Outra corrente entende que, em todos os casamentos regidos por regimes não mencionados pelo artigo 1.829, ante a falta de determinação no sentido de excluir-se a concorrência entre viúvo (a) e descendentes, deveria haver sempre a concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes. Mas, resta a pergunta, a mesma feita nos casos de pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial, havendo bens particulares. Essa concorrência se daria apenas com relação aos bens particulares, que estão enquadrados, abrangidos pela herança, mas excluídos da meação, ou a concorrência se daria sobre todo o acervo legado?

Na obra de Caio Mário, assim, há enumeração das hipóteses em que haverá concorrência do viúvo com descendentes do autor da herança, demonstrando o entendimento de que se o Código Civil não excluiu, nos casos dos regimes não mencionados, haverá a concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes. Segue o rol de situações em que haverá concorrência entre descendentes do morto e cônjuge:

(a) se o regime de bens do casal era o da separação *convencional*, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial *válido* (novo Código Civil, art. 1.687);

(b) se o regime de bens era o da comunhão *parcial*, e o *de cuius* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio *comum*);

(c) se o regime de bens era o da participação final nos aqüestos (novo Código Civil, art. 1.672). Também aqui haverá herança e meação (art. 1.685).

No tocante à vocação do cônjuge, em concorrência com os descendentes, no caso de o regime ser o da participação final nos aqüestos, a solução deveria ter sido diversa, considerando que, se não houver bens entre os indicados nos três incisos do art. 1.674, sobre todos os demais (pertencentes, em vida, unicamente ao *de cuius*) será calculada a metade do sobrevivente: a situação se equipara, na prática, às descritas nos incisos I e III do art. 1.829 e, portanto, deveria ter recebido idêntico tratamento. *De lege lata*, porém, parece inadmissível, nesta hipótese, excluir a vocação do cônjuge, pois a tanto corresponderia dar interpretação extensiva à norma que enumera exceções. (PEREIRA, 2006, p. 148-149).

Reforçando a teoria de que, ante à omissão do legislador, herdaram os viúvos, em concorrência com os descendentes, nos regimes em pauta, aqueles não expressamente apontados pelo legislador, destaca Rolf Madaleno:

A intenção da vocação hereditária do viúvo ou da viúva no novo direito sucessório brasileiro é a de segurar uma parcela patrimonial sobre os bens particulares do sucedido, o que só poderá ocorrer no regime da comunhão parcial de bens e no regime convencional da total separação de bens.

Por fim, ao que tudo indica, por interpretação da futura jurisprudência, também receberá seu quinhão hereditário sobre os bens aprestos do consorte falecido, no casamento realizado sob a égide da participação final nos aqüestos. É que este estranho regime termina identificando-se com a comunhão parcial de bens na ocasião da dissolução do casamento.

Assim que o cônjuge sobrevivente e os descendentes herdarão por cabeça, já abstraídas as exceções sucessórias ressalvadas no inciso I do artigo 1.829 do novo Código Civil. (MADALENO, 2002, p. 40).

Faz-se interessante apontar que o autor defende a concorrência circunscrita aos bens particulares.

Acerca da omissão do legislador no tocante à concorrência ou não do cônjuge viúvo com os descendentes do morto, nos casos dos regimes de separação convencional e de participação final nos aqüestos, ressaltam-se as seguintes lições:

No regime de participação final dos aqüestos, 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 aqüestos todos os bens adquiridos onerosamente durante o casamento, os quais ingressam na meação, mas não se comunicam no direito sucessório, já que o regime não foi lembrado no art. 1.829, I, do CC". (FRAGOSO, 2004, p. 56).

Nessa passagem é preciso ser reparado que o autor defende que não há direitos sucessórios, mas somente a meação, na participação final nos aqüestos, ante a omissão do legislador.

Já referi que a literatura brasileira pouco ainda tem a oferecer a despeito desse novo regime patrimonial chamado de participação final nos aqüestos, e que ocupa o vazio deixado pelo petrificado regime dotal do Código Civil de 1916. Trata-se, em verdade, de um regime de separação de bens onde cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor livremente. Apenas na hipótese de ocorrer a separação judicial é que serão apurados os bens de cada cônjuge separando, tocando a cada um deles a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso na constância do casamento.

Como pode ser facilmente conferido, nem ao largo e por lembrança, o art. 1.829 do novo Código Civil ou qualquer de seus incisos faz qualquer referência ao novo regime de bens, da participação final nos aqüestos.

A jurisprudência é que cuidará de iluminar os caminhos que se criaram neste escuro trajeto que leva a dar solução aos problemas que inevitavelmente surgirão dos hiatos

provocados por uma legislação costurada com retalhos de trechos pinçados das relações afetivas dissolvidas pela vontade irreversível da mãe natureza. (...) Destarte, tudo leva a crer que o cônjuge viúvo recebe só por meação e não por herança, e 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 num regime de participação final nos aqüestos. (MADALENO, 2002, p. 39).

Seguem outros autores levantando a tese de que, se o legislador não excluiu, permitida está a concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes do finado nos casos dos regimes não mencionados no *caput* do artigo em comento.

Relativamente ao regime da separação convencional de bens; por outro lado, não existem ressalvas impostas pelo legislador que, tendo se calado, parece ter permitido a concorrência na primeira ordem de vocação hereditária, ocorrendo o mesmo relativamente ao regime da participação final nos aqüestos. (HIRONAKA, 2005, p. 53).

O pensamento de Fabrício Lunardi caminha no sentido de que nos regimes não mencionados pelo *caput* do dispositivo legal em discussão, deverá haver concorrência entre viúvo sobrevivente e descendentes do morto, mas apenas com relação aos bens particulares integrantes da herança e que, portanto, já não se encontrarem incluídos na meação.

Como decorrência lógica da interpretação do art. 1.829, inciso I, do Código Civil em relação à sucessão do cônjuge no regime de comunhão parcial de bens, dessume-se facilmente que haverá, no regime de separação convencional de bens e no de participação final nos aqüestos, concorrência do cônjuge supérstite na herança do *de cujus* na mesma classe dos descendentes. Ademais, bastaria uma simples interpretação gramatical para se concluir dessa forma, já que o dispositivo prevê que, como regra, o cônjuge herda na mesma classe dos descendentes, não elencando qualquer desses regimes como exceção.

A participação do cônjuge será nos bens particulares do autor da herança. As diferenças da partilha dos bens para o cônjuge, nesses regimes, estão concentradas na meação. No caso de separação convencional, o cônjuge supérstite não terá meação, enquanto, no caso de participação final nos aqüestos, terá participação em relação àqueles bens que auxiliou a adquirir na constância da sociedade conjugal. Tal participação não se confunde com herança. O seu quinhão, nesse patrimônio comum, será equivalente à sua colaboração para adquiri-los. (LUNARDI, 1999, p. 26).

A ordem de vocação hereditária trazida pelo Código Civil atual é detentora de inúmeros artigos a serem questionados que já ensejam diversos projetos de lei que tramitam, atualmente, e que serão comentados mais adiante neste trabalho.

Talvez não tenha chamado a atenção de maneira ainda superior, a referida ordem de vocação, porque os casais atualmente idosos se casaram pelo regime de comunhão universal de bens, na maioria dos casos, e deixam filhos. Desse modo, quando do falecimento de um dos consortes, deverá o patrimônio deixado

(composto de metade dos bens do casal) ser entregue, inteiramente, aos filhos do finado, sem ocasionar maiores discussões acerca da concorrência entre viúvo e descendentes do morto.

Ocorre, porém, que casais que escolheram o regime de comunhão parcial de bens, que é, inclusive, desde 1977, o regime legal de bens, constituem, em grande parte dos casos, atualmente, casais jovens ou de pessoas de meia idade. Não se tratam de casais compostos por pessoas muito idosas. Talvez, por isso, a legislação ainda não tenha sido modificada, porque a maioria das pessoas casadas que morrem em decorrência de idade, atualmente, optaram pelo regime de comunhão universal, o regime legal, anteriormente a 1977. E o regime de comunhão parcial de bens gera um grau maior de discussões em comparação à comunhão universal.

O entendimento mais apropriado, portanto, quanto às pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial de bens é o de que concorram com os descendentes do consorte falecido, apenas com relação aos bens particulares deixados, tendo em vista que resta evidente que a intenção do legislador era a de assegurar ao sobrevivente, participação com relação aos bens que não integrem a meação do casal, fato, como já exposto, comprovado pelo afastamento do cônjuge à concorrência com descendentes do morto, quando casado pelo regime de comunhão universal ou parcial, quando não há bens particulares, além dos bens de uso pessoal e objetos de profissão.

Concorrência com descendentes

Uma análise do inc. I do referido artigo já deixa claro que o tema não é dos mais simples. Não é em qualquer hipótese que o cônjuge terá o direito de concorrer com os descendentes do *de cujus*. A lei impõe – em péssima redação – uma série de requisitos e circunstâncias que tornam a hipótese da concorrência limitada. A começar impede (justamente, a nosso ver) de participar da herança o cônjuge separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos, salvo a *difícilima* prova de que a convivência tornara-se impossível sem sua culpa; *difícilima* porque para provar que a separação de fato decorrer da culpa do *de cujus* o Juiz deverá ouvi-lo, o que é infactível.

Devemos em seguida atentar para o regime de bens que disciplinava a relação do casamento. Comunhão universal e separação obrigatória não darão ao cônjuge o direito de concorrer com os descendentes do *de cujus*.

Evidente a *mens legis*: naquele o cônjuge já recebe metade de todo o patrimônio do casal. Logo, não seria justo ainda concorrer com os filhos na outra metade; no regime de separação obrigatória (cuja referência no texto da lei está errada, querendo na verdade dizer: art. 1.641), também é justa a disposição da lei, dado que em casamento dessa natureza (*pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; pessoas que casarem contando mais de sessenta anos; pessoas que dependerem de suprimento judicial para casar*) o legislador não vê com bons olhos a transferência do patrimônio entre os cônjuges. Já na separação convencional (para espanto da doutrina e do público em

geral) e no regime de participação final de aquêstos há direito à concorrência com os descendentes.

No regime de comunhão parcial, o supérstite só concorrerá com os descendentes na hipótese de o *de cujus* ter deixado *bens particulares*. A intenção da lei também é flagrante: uma comunhão parcial sem bens particulares significa que todos os bens são 'comuns' e por isso estamos – na prática – diante de um regime de comunhão universal. Logo, a metade de tudo que o casal possui já pertence ao cônjuge supérstite, por direito próprio de meação, não havendo necessidade de herdar sobre tais bens.

Com essa redação o legislador dividiu o patrimônio do *de cujus* em duas partes: a primeira constituiu-se de bens particulares. São aqueles excluídos da comunhão (art. 1.659 do CC/02). Um típico exemplo de bem particular é o adquirido por força de herança ainda que na constância do casamento. A segunda parte do patrimônio do *de cujus* é constituída de 'bens comuns', correspondente à parte que lhe caiba nos bens amealhados onerosamente na constância do casamento com o esforço do casal (ainda que esse esforço seja presumido).

O Código sustentou que – havendo bens particulares – o cônjuge casado sob comunhão parcial concorreria com os descendentes do *de cujus*. A pergunta que surge é: qual a base de cálculo desta concorrência? A divisão da herança com os descendentes do *de cujus* ocorrerá sobre todos os bens? Ou apenas sobre os particulares? A dúvida procede em face da imperdoável omissão legislativa.

A resposta mais justa seria a de que *em virtude da mens legis*, em uma interpretação teleológica, poderia se deduzir que o cônjuge já fez sua meação sobre os bens 'comuns' e ali não precisaria mais herdar. O equânime seria que o sobrevivente herdasse *apenas sobre os bens particulares*. (NICOLAU, 2005, p. 115-116).

Certo é que, ao dispor sobre a nova ordem de vocação hereditária, o legislador almejava à proteção do cônjuge sobrevivente e tentou podar injustiças, como a que ocorria no caso de pessoas casadas, há muitos anos, sem filhos, pois os ascendentes excluía o cônjuge do direito à herança.

Imaginemos, pois, um casal que, após 20 anos de união, tivesse o casamento desfeito pela morte de um deles. Nos casos em que o morto tivesse deixado um de seus ascendentes, na vigência do Código Civil de 1916, haveria a entrega da herança, inteiramente, ao ascendente sobrevivente, mas nada, com relação à herança, pertenceria ao cônjuge supérstite. O cônjuge sobrevivente teria direito à meação dependendo do regime de bens escolhido, mas não teria acesso à herança.

A fim de evitar tais injustiças²⁰ o legislador criou disposições atuais que podem causar uma “superproteção” ao viúvo. Analisando, pois, a título de exemplo, o caso em que um homem venha a falecer, tendo casado duas vezes e deixado

²⁰ Tendo ciência de que a acepção sobre os vocábulos “justo”, “equânime” e “coerente” pode variar ao longo do tempo e entre as pessoas, é bom acrescentar que esses termos encontram-se, neste trabalho, vinculados à idéia de proporcionalidade e razoabilidade. Desse modo, ao referir-se, o trabalho, à expressão “decisões mais justas e equânimes”, deve-se compreender, principalmente, que se tratam de decisões razoáveis e proporcionais, tanto entre os casos citados pelo estudo, como pelas hipóteses que podem ser levantadas a partir das discussões e idéias propostas.

descendentes do primeiro casamento, constituindo patrimônio com ambas as esposas, encontrar-se-ia a seguinte situação:

No caso em destaque, para melhores esclarecimentos, será analisada a distribuição de patrimônio deixado por uma pessoa, em decorrência de seu falecimento, em um caso hipotético. Para fins de exemplo, tem-se a situação, portanto, em que um homem “A” casou-se com “B” e com ela teve dois filhos, adquirindo um apartamento. Após seu casamento com “B” ter sido desfeito pelo divórcio, se uniu a “C”, com quem novamente se casou, adquirindo uma casa durante a união, sem ter filhos com a segunda esposa. Ambos os casamentos foram regidos pelo regime de comunhão parcial de bens.

Nessa hipótese, quando do falecimento do varão, haverá uma “superproteção” legal à viúva “C”. A herança será dividida da seguinte maneira, de acordo com o Código Civil brasileiro: metade do apartamento era pertencente ao falecido “A”, pois a outra metade já pertencia a “B” (a primeira esposa do falecido), integrando a meação desta. A parte do apartamento que era de propriedade do morto será atribuída aos dois filhos do finado “A”, em concorrência com “C”, pois constitui bem particular deixado pelo falecido. Já a metade da casa adquirida por “C” e o marido “A” será dividida em duas partes. Metade será de “C” e a outra metade será entregue aos filhos do *de cujus* “A”. Ou seja, “C”, além de receber sua meação, ainda concorrerá com os filhos do morto “A” recebendo um terço da metade do apartamento comprado pelo varão “A” e sua primeira esposa “B”.

A segunda mulher, “C”, receberá parcela da herança, portanto, igual àquela que os filhos do finado “A” receberão. E há que se lembrar que os filhos do falecido “A” nada herdam de “C”, quando esta vier a falecer, porque “C” não é ascendente, não é mãe dos filhos deixados por “A” e, por isso, ela não poderia herdar grande parcela, uma vez que, ao morrer, não deixa patrimônio aos filhos de “A”.

Pode-se concluir, pois, que há certo exagero legal, na medida em que o cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido e se torna, em certos casos, herdeiro de forma a receber do mesmo modo que receberia um descendente do morto. É interessante a questão: é justo que o cônjuge tenha ocupado o primeiro lugar da ordem de sucessão, em concorrência com os descendentes deixados? Não seria mais justo que ele figurasse na condição de meeiro e fosse chamado à herança somente em segundo

lugar, na concorrência com ascendentes, e, em terceiro lugar, não havendo ascendentes ou descendentes?

É interessante esclarecer, todavia, que no caso tomado como exemplo, a metade da casa já era de propriedade de “C”, pois, integrante de sua meação. A viúva recebe, a título de herança, então, parcela do apartamento pertencente a “A”, integrante do patrimônio particular deixado, pois já era proprietário do referido imóvel quando de seu casamento com “C”. Os filhos do finado recebem a metade da casa comprada pelo pai “A” e sua esposa “C”, a título de herança. Além disso, tocar-lhes-á 2/3 da metade do apartamento comprado por “A” e “B”. A segunda esposa, “C”, fica com 1/3 da metade do apartamento. A outra metade pertence a “B”, ex-esposa do morto.

Resta evidente que a legislação atual quis evitar que o cônjuge só tivesse acesso à herança do consorte morto, ante à ausência de descendentes e, sobretudo, ascendentes do finado, fazendo com que o cônjuge sempre concorra com os ascendentes do morto e também tenha acesso ao acervo hereditário quanto ao patrimônio particular do autor da herança, quando da concorrência com descendentes. O acesso à herança, condicionada à ausência de ascendentes e descendentes, ocorria, anteriormente, porque o Código Civil de 1916 estatuiu a ordem de vocação hereditária de maneira a privilegiar inicialmente os descendentes e, posteriormente, os ascendentes e, somente na falta dos mesmos, os cônjuges eram chamados a assumirem a herança.

Ressalte-se que, se “C” tiver um filho, resultante de uma outra união, com outra pessoa, essa criança, que, por óbvio, será herdeira de sua mãe “C”, acabará tendo acesso à parte dos bens deixados pela herança de “A” a sua esposa “C”.

Essas considerações estão sendo feitas a fim de lembrar que ao tentar combater injustiças o cônjuge sobrevivente pode ser excessivamente privilegiado. Não seria mais justo que o primeiro a herdar fosse sempre o descendente e que, na sua falta apenas, fosse chamado à sucessão o viúvo em concorrência com ascendentes?

Ao tentar evitar que o cônjuge sobrevivente passasse a herdar somente nos casos em que não existirem descendentes e ascendentes, não teria exagerado o legislador?

Colocar o cônjuge, em primeiro lugar, na ordem de sucessão em concorrência com descendentes, não configura “superproteção”? A fim de auxiliar o cônjuge

sobrevivente, além de sua meação, não seria suficiente que lhe fosse assegurado o direito real de habitação com relação ao imóvel de residência do casal, previsto pelo artigo 1.831 do Código Civil?

Essas são questões a serem pensadas, mas certo é que a escolha do legislador não deixa dúvidas: o cônjuge herda juntamente com os descendentes, sendo a discussão apenas possível sobre a incidência da concorrência: se recairia sobre todo o acervo ou restringir-se-ia aos bens particulares, uma vez que pela redação da lei, não há dúvidas quanto à existência da concorrência e ao fato de ser essa a intenção legal.

Com relação aos regimes de bens não mencionados pelo caput do artigo 1.829, o que apresenta certas dúvidas, no tocante à concorrência, ou não, do consorte sobrevivente com os descendentes, no que se refere aos bens particulares, uma possibilidade de interpretação é a de que, nos casos dos regimes de participação final nos aqüestos e de separação voluntária de bens, deve-se tratar as hipóteses que envolvem aqueles que optaram por esses regimes como são tratados os casamentos pautados pelos regimes que mais deles se aproximam e que foram citados pelo legislador. Ou seja, devem ser dados aos casais que optaram pelo regime de participação final nos aqüestos, o mesmo tratamento e a interpretação que imperam nas uniões regidas pela comunhão parcial de bens.

Nos casos daqueles que escolheram a separação de bens (separação voluntária) deveria ser aplicada a mesma interpretação cabível aos casamentos regidos pela separação obrigatória de bens, porque é o regime citado pela lei, no tocante à ordem de vocação, que mais se aproxima desse regime que não foi mencionado, ainda que no primeiro caso se trate de uma escolha e, no segundo, de uma imposição legal, pois são regimes parecidos.

A bem da verdade, a separação obrigatória de bens deveria ter sido tratada da mesma forma que a comunhão parcial de bens, tendo em vista que a Súmula 377 a equiparou a um casamento regido pelo regime de comunhão parcial de bens estipulando que: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. (BRASIL, 1964).

Com relação ao também não mencionado regime de participação final nos aqüestos, a respeito do tema, como se trata de regime de natureza híbrida, Carlos Roberto Gonçalves entende que, no regime de participação final nos aqüestos, há comunhão parcial durante o casamento e separação de bens em sua dissolução e,

por isso, como há comunhão de bens na vigência da união, deveria haver concorrência com relação aos bens particulares. No regime de separação convencional de bens, entende o autor que haverá a concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes do *de cujus*. (GONÇALVES, 2007. p 154-156).

Desse modo, um casal que teve sua união desfeita pela morte de um de seus integrantes, caso tenha optado pelo regime de participação final nos aqüestos, teria o patrimônio particular deixado pelo morto dividido em concorrência entre viúvo e descendentes do falecido, como ocorre com pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial de bens. Pessoas que optaram pelo regime de separação voluntária de bens teriam a herança deixada dividida entre viúvo e descendentes, e não toda entregue aos descendentes, diferentemente do que aconteceria se o casamento fosse regido pelo regime de separação obrigatória de bens.

Maria Helena Diniz reflete sobre o tema, acrescentando que, nos casos de todos os regimes não mencionados pelo artigo 1.829, como o da separação voluntária e da participação final nos aqüestos, a herança será repartida entre cônjuge sobrevivente e descendentes do finado.

(...) O mesmo se diga de regime de participação final nos aqüestos, pois quanto a eles nenhuma ressalva legal há; e) a meação se fará sempre que o vínculo conjugal for desfeito, cessando a comunhão e o condomínio. O viúvo terá direito à sua metade do patrimônio comum. Os bens que integravam 'a antiga meação' do *de cujus*, pelo direito de família, passam, agora, a fazer parte do acervo hereditário, juntamente com os bens particulares, formando um todo unitário, imediatamente transmitido, no instante do óbito, aos herdeiros, conforme as normas de direito sucessório. Este todo patrimonial (metade dos bens comuns, patrimônio particular do *de cujus*, débitos e créditos) constitui a herança (universalidade de bens). Fácil é perceber que meação e herança são institutos diversos, um é regido pelo direito de família e o outro pelo das sucessões. (DINIZ, 2007, p.123).

No tocante aos regimes não mencionados expressamente pelo artigo 1.829, alguns autores entendem, que ante a omissão do legislador resta a concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do morto, baseando-se em fatores vários, como a alegação de que se fosse a vontade da lei, teria o dispositivo incluído os regimes de separação convencional e de participação final nos aqüestos na lista daqueles que não ensejam a divisão. Manifestando-se, a respeito do tema, ainda, coloca, Maria Helena Diniz:

É preciso ressaltar que o regime de separação convencional de bens no casamento e a existência de cláusula de comunicabilidade ou de incomunicabilidade no pacto antenupcial não interferem na ordem de vocação hereditária do consorte sobrevivente

(TJSP, *ADCOAS*, n. 90.443, 1983), não havendo concorrência com o descendente, pois nessa hipótese, não poderá ser chamado a suceder o *de cujus*, se com ele era casado sob o regime da comunhão universal (caso em que retira apenas sua meação) ou da separação obrigatória de bens (CC, art. 1.641), ou ainda, da comunhão parcial, não havendo bens particulares do autor da herança (CC, art. 1.829, I). Portanto, o cônjuge supérstite em concorrência com os descendentes herdará apenas se for casado pelo regime de comunhão parcial, em caso de ter o *de cujus* deixado bens particulares; pelo da separação convencional de bens (CC, arts. 1.687 e 1.688) e pelo de participação final nos aqüestos (CC, arts. 1.672 e 1.685). Nesta última hipótese, p. ex., o sobrevivente conserva seu patrimônio particular, retira sua meação e concorre como herdeiro necessário privilegiado à herança do *de cujus*, composta pelos bens particulares e pela antiga “meação” deste (CC, arts. 1.829, I, 1.844 e 1.789). Se concorrer com descendentes do falecido cônjuge, terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederam por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (CC, art. 1.832)”. (DINIZ, 2005, págs. 121-122).

Ressalta-se que a autora defende a concorrência com relação à toda a herança e não restrita aos bens particulares ou que não integraram a meação, como já exposto no decorrer deste capítulo.

Quanto àqueles que criam seus próprios regimes deveria ser permitido, através de pacto pré-nupcial, que os mesmos pudessem dispor, no pacto, que para efeito de divisão de patrimônio, em caso de morte, seriam aplicadas as regras de determinado regime escolhido pelos nubentes no próprio acordo pré-nupcial, devendo o oficial do cartório esclarecer aos nubentes sobre a indicação de determinado regime de bens, para fins de recebimento de herança.

Nos cartórios de notas, perante os quais se realizam os pactos pré-nupciais, poderia se efetivar um trabalho junto aos casais que buscam esses acordos, no sentido de esclarecer aos mesmos as vantagens de já indicar um regime de bens, a ser observado, exclusivamente, para fins de divisão de herança entre viúvo e parentes sobreviventes. Desse modo, ao redigirem um acordo pré-nupcial, os cônjuges incluiriam, por exemplo, uma cláusula dispondo que “para fins de divisão de herança aplicar-se-á a esse casamento as regras cabíveis ao regime de comunhão parcial de bens, sem prejuízo das outras disposições acordadas nesse pacto ... ”, a título de exemplo.

Não se trata de alterar a ordem de vocação hereditária através de pacto pré-nupcial, mas, sim, de indicar, para os casos de regimes híbridos, não previstos no Código Civil brasileiro, o regime a servir de base para a distribuição sucessória no caso de rompimento da união por morte.

Quando da opção pelo regime de bens, à época do casamento, reza o artigo 1.528 do Código Civil que “É dever do oficial do registro esclarecer aos nubentes a

respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens”. Da mesma forma que cumpre ao oficial do Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais instruir os nubentes sobre os vários regimes de bens existentes, deveria ser permitido que, diante do oficial do Cartório de Notas, ao realizar pacto pré-nupcial, os noivos conhecessem as vantagens da escolha de um regime para vigorar entre os contraentes e optassem por um, para a hipótese de morte de um dos mesmos. Isso evitaria uma série de conflitos futuros.

Sobre a impossibilidade de se alterar a ordem de vocação através de pacto antenupcial, pronuncia-se Eduardo de Oliveira Leite, na passagem a seguir transcrita.

É preciso esclarecer anteriormente que, como as determinações em matéria sucessória ainda são um tanto quanto controvertidas, ao dispor-se a respeito de um regime de bens a servir de base para distribuição de patrimônio em caso de morte, essa disposição pode ser por muitos entendida como forma de alterar-se a ordem de vocação hereditária e, por isso, mostra-se interessante a leitura do trecho escolhido.

A nulidade pode atingir todo o pacto antenupcial ou apenas parte dele, podendo ser alegada por qualquer interessado, parentes, terceiros ou pelo Ministério Público. São nulas, por exemplo, a cláusula que altere a ordem de vocação hereditária, ou a que prive a mãe do poder parental, ou a que a prove de educar os filhos, ou, ainda, a que impedir a qualquer dos cônjuges a administração dos bens particulares, entre outras hipóteses contrárias ao texto legal. (LEITE, 2005, p. 319).

Urge esclarecer, então, que há autores que defendem que o pacto pré-nupcial não pode fazer menções de natureza sucessória²¹.

Interessante é lembrar que não deve haver desrespeito à vontade do legislador, que deixou claro, em algumas situações, que sobre os bens que incidirem a meação, havendo descendentes, a parte pertencente ao falecido deve ser entregue àqueles, sem concorrência com o cônjuge sobrevivente, como ocorre na comunhão universal de bens.

É bom colocar que os cônjuges, em qualquer dos regimes, podem se utilizar do testamento para fazer disposições de última vontade, podendo atribuir metade de seu patrimônio, a qualquer pessoa. Com relação às pessoas que não tenham herdeiros necessários, que são os ascendentes, descendentes, e o cônjuge, como

²¹ É interessante destacar que, na passagem destacada, o autor apenas indica ser nula a inclusão de cláusula que altere a ordem de vocação de herança no pacto antenupcial, não externando sua opinião, no sentido de ser contrário à inserção de tais cláusulas naquele documento.

rege o artigo 1.845 do Código, é possível, nesse caso, dispor de todo o patrimônio através de testamento.

“São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.
Artigo 1845, do CCB. (BRASIL, 2002).

Quando não há herdeiros necessários pode-se dispor, portanto, de toda a herança, através de testamento, atribuindo-a a qualquer pessoa, salvo com relação às impedidas de receber doação, nos termos do artigo 1.801 do Código Civil. Através de testamento, também existe polêmica sobre se seria possível estabelecer um regime a ser aplicado em caso de morte, para os casais que não optaram por um regime padrão, mas criaram um regime híbrido. A vantagem que essa escolha pudesse ser feita por pacto pré-nupcial e não por testamento é que não existe testamento conjuntivo no Brasil, realizado por ambos os nubentes, sendo assim, os dois somente poderiam escolher o regime juntos através do pacto pré-nupcial, caso fosse permitido esse tipo de disposição em acordos antenupciais. Por meio do testamento a escolha seria isolada, apenas com relação a um dos dois.

O Código impede algumas pessoas de receberem através de testamento. São elas:

Art. 1801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II – as testemunhas do testamento;

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos;

IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. (BRASIL, 2002).

Quando o testador possui herdeiros necessários, o mesmo só pode dispor de cinquenta por cento de seu patrimônio, através de testamento, pois metade do acervo compõe a legítima dos herdeiros necessários e também está sujeita à colação, que é a devolução ao monte partível das doações feitas ao herdeiro necessário, em vida, para que o bem doado integre a herança e seja alvo de divisão entre todos os mencionados herdeiros necessários. A eles cabe a legítima, que consiste na metade da herança deixada pelo morto. Integra a herança, como exposto, a doação que o autor da herança realizou antes de morrer a seus herdeiros necessários.

Os herdeiros necessários são os ascendentes, descendentes e cônjuge e cabe a eles o direito à, pelo menos, como abordado, metade da herança, a legítima, respeitando-se a ordem de vocação listada na lei.

Isso significa que o testador que possua ascendentes, descendentes, ou cônjuge, ao realizar testamento, deve respeitar ao menos o limite estipulado em metade de seu patrimônio, que legalmente será destinado aos seus herdeiros necessários, obedecendo à ordem de preferência elencada nos artigos 1.829 e seguintes do Código.

A lei se preocupa com a preservação de parte do patrimônio, a ser destinada aos herdeiros mais próximos. Esse é, inclusive, um dos motivos que levaram o legislador a estatuir que, em vida, ninguém pode doar mais da metade de seu patrimônio, se há herdeiros necessários (artigo 544) e faz com que os filhos possam alegar prodigalidade de ascendente e pleitear interdição parcial, restrita à autorização para disposição de bens, do ascendente que dilacera desmedidamente seu patrimônio.

A hipótese de interdição, é preciso esclarecer, seria restrita, a fim de impedir que o ascendente pródigo disponha de bens sem autorização do curador e só deve se dar em casos extremos, em que o patrimônio é gasto de maneira proposital, desordenada e desenfreada.

O herdeiro legítimo é tido como necessário quando a ele pertence, por força da lei, recolher a metade dos bens do *de cujus*, metade esta que se denomina legítima, parte indisponível – aquela que o testador não pode dispor para ninguém, por ser direito dos herdeiros necessários. (DAIBERT, 1981, p. 29.).

A lei não esclarece, entretanto, de forma efetiva, como calcular o limite permitido para doação de patrimônio, em vida. Se alguém é proprietário de uma fortuna estimada em R\$ 600.000,00 (Seiscentos Mil Reais) e possui filhos, por exemplo, poderia essa pessoa, em vida, doar R\$ 300.000,00 (Trezentos Mil Reais)?

Caso a fortuna restante do doador seja reduzida, após a doação, por motivos de crise financeira, por exemplo, passando a ser avaliada em R\$ 200.000,00 (Duzentos Mil Reais) e não em 300.000,00 (Trezentos Mil Reais), a doação anteriormente realizada poderia ser anulada através de pedido dos herdeiros necessários? Essa metade da qual o doador pode dispor é calculada a partir do valor do auge, do maior valor alcançado pela fortuna do doador? Se o patrimônio do mesmo vem a aumentar futuramente, não há problemas, mas, se, após a doação, o

patrimônio do mesmo diminui, qual seria o procedimento legal? Para isso o Código não trouxe esclarecimento, ficando confusa essa questão, estipulando-se, apenas, que a legítima é calculada sobre a herança deixada, depois de quitadas as dívidas do autor do acervo hereditário.

Após a apuração da herança líquida, depois de saldadas as dívidas do espólio, a legítima é calculada sobre o valor remanescente, composta por metade da herança líquida a ser repartida, conforme disciplina o artigo 1.847 do CCB.

Os bens doados aos herdeiros necessários em vida são considerados adiantamento de legítima e podem ser abatidos da parcela cabível ao herdeiro contemplado. O próprio bem doado deve ser oferecido, devolvido, para fins de abatimento sobre o valor da parcela cabível ao herdeiro agraciado pelo autor da herança.

Caso o bem recebido tenha sido alienado pelo donatário, o abatimento da parcela do herdeiro será baseado no valor que o bem possuía no momento da liberalidade, apenas corrigido. Não se trata do valor de mercado do bem, valor este que pode ter disparado ou decaído entre os momentos da doação e da morte do autor da herança.

Não estão sujeitos à colação os bens doados com a indicação de saírem da parte disponível do doador.

Desse modo, determina o Código que o valor da parte disponível seja calculado quando da morte do autor da herança, sendo a referida parte, correspondente à metade do valor da herança líquida. A doação, a possibilidade de interdição daquele que dilacera seu patrimônio em detrimento de seus herdeiros, a colação e a legítima dos herdeiros necessários estão tratadas, dentre outros, nos seguintes artigos do Código Civil:

Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação.

Art. 2002. Os descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

Parágrafo único. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível.

Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida nesse Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados. (BRASIL, 2002).

A respeito daqueles que não podem ser contemplados em testamento, estatui a lei:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II – as testemunhas do testamento;

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos;

VI – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa. (BRASIL, 2002).

A legítima dos herdeiros necessários pode ser alvo de críticas, pois representa parte considerável do patrimônio, não dispondo, aqueles que possuem ascendentes, descendentes ou cônjuge, da possibilidade de legar a terceiro a totalidade de seu acervo de bens.

A bem da verdade, o legislador trabalhou com a lógica de não se importar o testador em respeitar os limites de disposição por estarem sendo protegidas as pessoas mais amadas por aquele, pois, pelo menos, em princípio, são aqueles que recebiam o amor em maior escala do autor da herança.

A título de curiosidade, vale lembrar que, em algumas legislações, a legítima corresponde à parcela superior à metade dos bens. No Direito Italiano, por exemplo, a legítima dos filhos havidos no casamento, corresponde a 2/3 da herança.

3.4 Reserva de Quota-parte ao Cônjuge Sobrevivo, na Concorrência com Filhos Comuns

Quando da concorrência entre cônjuge supérstite e descendentes do finado, será reservada uma cota parte mínima de um quarto da herança, caso o cônjuge esteja concorrendo, apenas, com filhos comuns. O fundamento dessa cota-parte reservada sustenta-se na argumentação de que não há problemas em assegurar grande parcela de patrimônio ao viúvo, quando o mesmo é também ascendente dos sucessores, devido ao fato de que, no futuro, na época da morte do segundo consorte, o patrimônio acabará nas mãos dos filhos do casal, de qualquer maneira.

“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 quem concorrer”. Art. 1.832 do Código Civil brasileiro. (BRASIL, 2002).

Quando há, entretanto, um único descendente do consorte finado, que não seja comum ao falecido e ao cônjuge supérstite, a cota parte, a reserva de um quarto prevista em lei, não ocorrerá, porque não se tratando de filho comum, não herdará do cônjuge sobrevivente, no futuro, quando de sua morte.

Há autores, todavia, que sustentam que havendo simultaneamente filhos comuns e exclusivos do morto, deveria ser retirada a parcela do descendente que não seja comum, separando-se a parte do mesmo da parcela cabível ao cônjuge sobrevivente e aos filhos comuns, prevalecendo a reserva da cota parte de um quarto com relação ao viúvo e aos filhos comuns. A Profa. Giselda Hironaka, no texto transcrito a seguir, aborda também outras possíveis formas de interpretação do artigo:

Ora, a maneira que escolheu o legislador para redigir o art. 1.832 não deixa nenhuma dúvida acerca da intenção de se dar *tratamento preferencial* ao cônjuge sobrevivente, quando se trata de concorrência com descendentes do *de cujus* que sejam também seus descendentes, exatamente lhe reservando esta quarta parte da herança, como quinhão mínimo a herdar, por concorrência com aqueles. Observe-se que o legislador não fez idêntica referência para a hipótese distinta, vale dizer, de serem os herdeiros, com que concorre o cônjuge sobrevivente, descendentes exclusivos do falecido. Logo, esta foi, sem dúvida, a opção do legislador civil brasileiro – a de privilegiar o cônjuge concorrente com a reserva da quarta parte da herança *apenas* no caso de concorrência com herdeiros dos quais ele fosse ascendente –, e, por essa razão, a opção legislativa (a *mens legis*) passa a valer como paradigma para a exegese do

regramento, pelo futuro doutrinador, bem como pelo futuro do direito, tudo em prol de uma sadia consolidação jurisprudencial do porvir.

Se esse foi o *espírito* que norteou a concreção legislativa no novo Código Civil – e trata-se de uma formulação bastante elogiável –, entendo que ele deva ser preservado, ainda quando se instale, na vida real, a *hipótese híbrida* antes considerada, de chamamento de descendentes a herdar, de ambos os grupos, isto é, de descendentes que também o sejam do cônjuge concorrente, e de descendentes exclusivos do autor da herança. Qualquer solução que pretenda deitar por terra essa escolha paradigmática consagrada pelo legislador brasileiro deveria estar consignada em lei, ela também, exatamente para evitar a variada gama de soluções que terá de ser, obrigatoriamente, organizada pelo hermeneuta e pelo aplicador do direito, formulando respostas jurisprudenciais que não guardem correlação alguma com aquele *espírito* do legislador, claramente registrado no artigo em comento (art. 1.832). (...)

Se assim for, então, parecem ser três as mais prováveis propostas de solução para as ocorrências híbridas de sucessão de descendentes dos dois grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

*1ª proposta: identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se todos fossem também descendentes do cônjuge sobrevivente.

Por essa via, que considera todos os descendentes do *de cujus* como sendo descendentes *também* do cônjuge sobrevivo, a consequência seria a de se determinar que se reservasse a quarta parte do monte hereditário (sobre a qual incide a concorrência) a favor do cônjuge concorrente. Solução assim representaria, no entanto, um certo prejuízo aos descendentes exclusivos do falecido, os quais – por não serem descendentes do cônjuge com quem concorrem – ficariam privados de receber uma parte mais substancial do patrimônio exclusivo de seu ascendente morto. (...)

*2ª proposta: identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se todos fossem descendentes exclusivos do cônjuge falecido.

Da mesma forma com a qual se cuidou de refutar a proposta anterior, também aqui se pode chegar à mesma conclusão de inobservância do *espírito* do legislador do Código Civil.

(...) *3ª proposta: composição pela solução híbrida, subdividindo-se proporcionalmente o monte partível sobre o qual incide a concorrência, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo. (...)

Por esta via de raciocínio (que bem poderia ser intentada pelo intérprete, à face da lacuna do legislador), a divisão patrimonial do acervo obedeceria às seguintes regras: primeiro dividir-se-ia o monte partível em dois submontes, proporcionalmente ao número de descendentes de cada um dos grupos (comuns e exclusivos). O submonte que fosse destinado a compor os quinhões hereditários dos *descendentes exclusivos* seria dividido em tantas quotas quantos fossem os herdeiros desta classe, *mais uma* (correspondente à quota do cônjuge concorrente, conforme determinação do art. 1.832, primeira parte), entregando-se a cada um dos herdeiros o seu correspondente quinhão hereditário. A seguir, dividir-se-ia, da mesma maneira, o submonte destinado a compor os quinhões hereditários dos *descendentes comuns*, pelo número deles, *mais um*, destinado ao cônjuge que com eles concorre. (...) (HIRONAKA, p.55-58.).

Alguns autores, como Zeno Veloso, entendem que existindo filiação híbrida não há que ser reservada a quarta parte ao cônjuge sobrevivo, que já acumula o direito real de habitação, com relação ao imóvel que era de residência da família, e tendo em vista que a reserva de quarta parte, havendo filiação híbrida, é desfavorável aos descendentes do finado.

Havendo descendentes comuns (do falecido e do cônjuge sobrevivente) e descendentes exclusivos do falecido, minha opinião é de que a reserva de quarta parte dos bens a inventariar, a favor do viúvo ou da viúva, não ocorrerá. E assim acho

por uma simples razão: num caso de dúvida, como este, num Código em que o cônjuge sobrevivente já foi extremamente beneficiado, não tenho motivos para interpretar o texto em favor dele e contra os descendentes do *de cujus*, que já têm de suportar o direito real de habitação, com relação ao imóvel destinado à residência da família, e que é conferido ao viúvo ou viúva, na forma do artigo 1.831. há pareceres diferentes dos que adoto, e a questão só estará definitivamente esclarecida pela jurisprudência. (VELOSO, 2003, p. 282).

Mantendo a mesma opinião sobre o tema, destaca-se:

“Se os descendentes não forem comuns, como no caso em que o falecido tinha filhos de casamento anterior, o cônjuge sobrevivente não fará jus à quarta parte da herança. Caber-lhe-á, tão-somente, o mesmo quinhão que couber a cada um dos filhos”. (RÉGIS, 2005, p. 213).

Como colocado, melhor seria a exclusão da reserva da quarta parte, em caso de filiação híbrida, para que não sejam prejudicados os descendentes exclusivos do finado, pois, entre a colisão de interesses entre essas classes de herdeiros, é melhor que se preserve o interesse dos descendentes.

3.5 Da Concorrência entre Cônjuge Supérstite e Ascendentes do Morto

A concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes do falecido ocorrerá, independentemente do regime de bens escolhido pelo casal, quando da contração do matrimônio, haja vista que o artigo 1.829, II, do Código não estipulou que a concorrência do cônjuge supérstite, com os ascendentes do falecido, quando o morto não deixa descendentes, esteja condicionada a certo regime matrimonial de bens.

A concorrência com ascendentes somente se processa nos casos em que o morto não tenha deixado nenhum descendente. A legislação preexistente privilegiava os ascendentes na medida em que os mesmos herdavam anteriormente ao cônjuge. Somente se não houvesse ascendentes ou descendentes herdava o cônjuge, estando em terceiro lugar na ordem sucessória, em posição mais favorável, apenas, quando em comparação aos parentes colaterais do morto.

Embora já transcrita nesse trabalho, faz-se interessante relembrar a ordem de vocação vigente, até o advento do Código Civil brasileiro de 2002.

Enunciava o dispositivo 1.603 do Código Civil de 1916:

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. (BRASIL, 1916).

Desse modo, qualquer que fosse o regime de bens, o cônjuge estava em terceiro lugar na ordem de vocação sucessória.

Hodiernamente, se houver apenas o pai ou a mãe do finado, sobrevivente (a), o mesmo repartirá com o viúvo a herança, em igualdade de condições. Se forem dois os ascendentes, pai e mãe, vivos, a herança será repartida em três partes iguais, retirada, por certo, primeiramente, a meação do viúvo, observando-se o regime de bens escolhido pelo casal.

Quando os ascendentes sobreviventes forem parentes em segundo grau, ou em grau ainda superior, o cônjuge sobrevivente terá reservada a ele, além de sua meação, metade da herança. O restante será entregue aos ascendentes.

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.
§ 1.º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.
§ 2.º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.
Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.
Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.
Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. (BRASIL, 2002).

Caso sejam vivos apenas os ascendentes em grau superior ao primeiro, nas linhas paternas e maternas, ainda que haja dois ascendentes de uma linha e um ascendente da outra linha, por exemplo, como ocorreria se alguém falecesse deixando dois avós paternos e a avó materna, a herança seria dividida da seguinte forma: além da meação a que faz jus, o viúvo receberia a metade da herança. A outra metade seria dividida em duas partes iguais, uma para a linha paterna e outra para a materna.

Mas, por não estar condicionada ao regime de bens, aplicando-se a todas as situações e apenas diante da inexistência de prole, a concorrência entre viúvo e ascendentes não comporta grandes discussões.

Há um outro aspecto, no tocante ao campo sucessório, que precisa ser melhor discutido, e diz respeito à cessação do direito à herança, entre cônjuges, em decorrência de separação de fato.

Importa acrescentar que a questão da separação de fato precisa ser alvo de análise mais criteriosa, uma vez que o legislador atribui ao cônjuge separado de fato, sem culpa sua, ainda que por prazo superior a dois anos, os direitos sucessórios referentes ao acervo do consorte morto.

Tal determinação apresentada pelo artigo 1.830 do Código Civil é geradora de polêmica e não traz solução ao problema que surgirá quando o consorte culpado se unir a outra pessoa após a separação de fato e com ela viver por longo período, pois, conserva o direito sucessório, o cônjuge viúvo (a).

Melhor seria que a separação de fato por período superior a dois anos rompesse direitos sucessórios sem necessidade de comprovação de culpa ou de ausência da mesma.

Alinhando-se à jurisprudência de ponta, a proposta de nova redação para o art. 1.830 dispõe que, estando o casal já separado de fato, desaparece o direito sucessório dos cônjuges, sendo afastada referência ao prazo mínimo de separação fática para que tal fenômeno ocorra e também deixando de lado qualquer questionamento acerca de culpa pela separação.

Isso porque a redação atual desse dispositivo acarreta diversas dificuldades:

- Primeiro, porque poderá dar ensejo a situações de concorrência na sucessão entre um ex-cônjuge separado de fato e um companheiro, em decorrência de uma união estável formada após a separação fática, situação essa, por sinal, cuja solução não encontra previsão no Código Civil;

- Segundo, porque admite que, mesmo após ultrapassar dois anos de separação fática, o cônjuge remanesça com direito sucessório, desde que prove não ter sido culpado pelo afastamento do casal. A inconveniência dessa regra salta aos olhos! Se os inventários tradicionalmente constituem seara dos acirrados conflitos (tanto maiores quanto mais robusto o monte-mor), facilmente imaginável o incremento na conflituosidade que decorrerá da possibilidade de discutir quem foi o culpado pela separação fática. Por evidente, que, tratando-se de questões de alta indagação, o tema deverá ser remetido para as vias ordinárias, com suspensão do inventário, que, assim, terá sua finalização lançada para as calendas gregas.

Finalmente, registra-se não haver necessidade de mencionar no dispositivo a circunstância de que os companheiros separados de fato não terão direito sucessório. Isso pela simples razão de que, sendo a união estável um fato, com a separação fática do casal, ela simplesmente desaparece, afastando qualquer cogitação de que, nestas circunstâncias, remanesça algum direito sucessório. (SANTOS, 2005, p. 187-188).

A questão da separação de fato, como exposto, é tratada pelo dispositivo 1.830, que determina que só é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se não havia separação de fato entre o casal há mais de dois anos, ou se esta tenha se dado sem sua culpa.

3.6 A Sucessão do Companheiro: considerações iniciais

Até o advento da lei 8.971 de 1994 não havia nenhum dispositivo legal que tratasse da sucessão entre companheiros. As Súmulas 380 e 382 do STF, da década de 60, cuidavam da divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum entre concubinos, assemelhando a relação a uma sociedade de fato, mas não tratavam, especificamente, da dissolução da união por morte e da divisão da herança deixada por um dos concubinos.

É preciso esclarecer que embora as Súmulas 380 e 382 do STF tenham utilizado a expressão concubinos, a partilha entre os bens adquiridos pelo esforço comum era assegurada, tendo em vista a proteção dada às pessoas livres e desimpedidas para o casamento. Esse era o objetivo inicial dessas Súmulas, embora as mesmas tenham sido utilizadas por componentes das chamadas relações de concubinato²² impuro e pares homossexuais, como embasamento para pleitearem seus direitos.

O objetivo dessas Súmulas era, entre outras razões, evitar enriquecimento ilícito por parte de pessoas impedidas ou não de casar, que constituíam patrimônio junto a outras e, porventura, quando da finalização da união se recusavam a dividir patrimônio alegando que seus pares não eram amparados legalmente, haja vista a natureza da relação entre eles travada. A finalidade das Súmulas era, pois, evitar o enriquecimento ilícito por uma das partes. Reforçando questões já colocadas anteriormente, é interessante recordar que ditam as Súmulas:

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. A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato. (BRASIL, 1963). Súmulas 380 e 382 do STF.

²² Inicialmente, antes da entrada em vigor das leis 8.971 de 1994 e 9.278 de 96, as Súmulas 380 e 382 do STF eram invocadas por qualquer pessoa integrante de relações chamadas concubinárias, fossem elas relações classificadas como puras ou impuras. Eram classificadas como concubinato puro as relações entre pessoas livres para contraírem matrimônio, viúvos, separados, solteiros, etc. Embora os separados de fato e judicialmente, não divorciados, não pudessem casar, eram considerados como integrantes de relações classificadas como puras ou leais, por não haver ferimento a um princípio de monogamia.

Após o advento dessas duas leis, os integrantes de uniões concubinárias puras, leais ou próprias, que eram as uniões de pessoas livres e desimpedidas ou, de acordo com a jurisprudência, que eram ao menos separadas de fato, passaram a se utilizar das citadas leis.

As Súmulas continuaram a ser aplicadas aos casos de concubinato impuro, desleal, ou impróprio, aqueles nos quais há impedimento matrimonial entre os concubinos, por serem parentes próximos ou por um deles já ser casado, etc.

Desde antes da Constituição Federal de 1988, a lei protegia as uniões entre pessoas viúvas, separadas judicialmente, separadas de fato, divorciadas, ou seja, entre pessoas que não feriam o princípio de monogamia.

As relações de concubinato protegidas anteriormente ao Código atual eram as relações de concubinato classificado como puro, em que havia união de pessoas livres e desimpedidas e que também não configuravam relações incestuosas, entre parentes próximos, ou relações de adultério. Ou seja, não feriam o artigo 183 do Código Civil de 1916, que tratava dos impedimentos matrimoniais, hoje elencados no artigo 1.521 do Código atual.

Hodiernamente, o Código distingue de maneira clara, nos artigos 1.723 e 1.727, que devemos chamar de união estável as uniões públicas, contínuas e duradouras entre homens e mulheres não impedidos de casar. De concubinato devemos chamar as uniões não eventuais entre homens e mulheres impedidos de casar.

Disciplina, o Código Civil, sobre concubinato, união estável e impedimentos matrimoniais:

Art. 1.723. 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Art. 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL, 2002).

A união estável ou sociedade conjugal de fato é que interessa para a formação de direitos, devendo conter os pressupostos ou requisitos externados no art. 1.723 do Código (...)

Exige-se, para a caracterização, apenas a convivência pública, contínua e duradoura de um homem e de uma mulher, com o objetivo de constituição de família. O importante é a convivência com aquela qualidade. Dispensa-se a exigência de um

determinado período de tempo, desde que suficiente a duração para a formação de bens em a sua vigência.

Não incide, para o reconhecimento, o esforço comum na constituição do patrimônio, que era imposto pela Súmula nº 380 do STF (...)

Todavia, se impõe a exigência de ser a pessoa solteira, ou viúva, ou separada (de fato ou judicialmente), ou divorciada. Não importa a existência ou inexistência de prole para a caracterização da união. Desde que estabelecida a sociedade conjugal de fato, e provada, com a formação de patrimônio durante sua vigência, adquirido onerosamente, desponta o direito à meação e à herança.

Outro aspecto importante cumpre observar, e que se retira do § 1º do art. 1.723 (...)

Ou seja, não incidem (...) as normas que regulamentam a união estável e o direito sucessório.

Uma vez envolvendo a união estável pessoas impedidas de casarem, cuja relação ditada no art. 1.521, não encontra amparo na busca da meação e da quota hereditária. (...)

Consoante o § 1º do art. 1.723, não entraram nas situações impeditivas as pessoas casadas que ainda não se divorciaram, mas que estiveram separadas judicialmente ou de fato. Cumpre, na separação de fato, a devida comprovação da não-coexistência de duas uniões concomitantes, estado que configuraria o adultério e levaria para o concubinato (...).

Vivendo uma pessoa com o cônjuge e o companheiro, separam-se as meações de conformidade com as aquisições durante cada união. Devem ser distinguidos os patrimônios, exceto se impossível determinar a época de aquisição. E, neste caso de indeterminação de época, como proceder? Vale, aí, o bom senso, não se afigurando injusta a divisão da meação entre o cônjuge e o companheiro, solução que se encontra na jurisprudência (...)

(...) As uniões formadas desrespeitando os impedimentos do art. 1.521 (art. 183 do Código anterior) constituem concubinato, de acordo com a previsão do art. 1.727.

Desta sorte, não pode alguém buscar a partilha e a quota hereditária com amparo nos preceitos do Código Civil se infringidas as vedações do art. 1.521, com exceção da hipótese do inc. VI, por força do § 1º do art. 1.723, e que consiste na formação de patrimônio por pessoas ainda casadas, mas separadas judicialmente ou de fato, consoante analisado no item anterior.

Não cabe, todavia, impedir que se procure outro caminho jurídico, como a mera dissolução de uma sociedade civil, e a apuração do patrimônio formado, à semelhança do que se fazia em época anterior à regulamentação da união estável. (RIZZARDO, 2005, p. 200-202).

Antes de adentrar na discussão sobre o tratamento dado à sucessão do companheiro pelo Código Civil de 2002, é primordial analisar a legislação pertinente ao tema, anterior ao diploma legal em vigor.

A lei 8.971 de 1994 concedeu direitos aos companheiros, além da divisão do patrimônio adquirido por esforço comum, atribuindo aos companheiros sobreviventes a terceira posição na ordem de vocação hereditária, como ocorria, na época, com as pessoas casadas.

Além disso, o texto legal em pauta assegurou o direito real de usufruto ao companheiro sobrevivente, com relação a metade dos bens, se o *de cujus* não tivesse deixado filhos e com relação à quarta parte dos bens caso o finado tivesse deixado descendentes, comuns ou não. Esse direito também era estendido às

peessoas casadas por regime diverso da comunhão universal, nos termos do artigo 1.611 do Código Civil.

De acordo com o Código Civil de 1916, às pessoas casadas pelo regime de comunhão universal era conferido não o direito real de usufruto, mas, sim, o direito real de habitação com relação ao imóvel que servia de moradia para o casal.

Resta acrescentar que haveria, além dos direitos hereditários assegurados por essa lei, o direito à meação sobre o patrimônio adquirido a título oneroso, durante a união, caso o acúmulo decorresse de esforço comum. Inicialmente, esse esforço comum se referiria a atividade lucrativa desenvolvida por ambos. Alguns julgados, entretanto, reconheceram como esforço comum o desenvolvimento de tarefas de cunho doméstico, que não deixavam de fornecer certo apoio para que o outro convivente desenvolvesse atividades fora do lar.

Determinava a lei, em matéria de meação e sucessão relativa à união estável:

Art. 2º. As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Art. 3º. Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens. (Lei 8.971/94). (BRASIL, 1994).

Com relação ao direito real de usufruto ou direito real de habitação da pessoa casada, à época, determinava o artigo 1.611 do Código Civil de 1916:

À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*.

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, 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 bem daquela natureza a inventariar.

§ 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho. (BRASIL, 1916).

Posteriormente, a lei 9.278/96 concedeu a todos os companheiros o direito à meação, independentemente de prova de esforço comum, ao estabelecer que, na ausência de contrato escrito, todos os bens adquiridos na constância da relação seriam considerados frutos da colaboração comum e que, por isso, deveriam ser divididos.

Além disso, o companheiro continuaria ocupando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, como ocorria com as pessoas casadas e teria também direito real de habitação com relação ao imóvel destinado à moradia da família.

O direito real de habitação era assegurando aos cônjuges casados pelo regime de comunhão universal de bens, como abordado. Acontece, porém, que a lei de 1996 não revogou expressamente o direito anterior de usufruto concedido pela lei 8.971 de 1994, fazendo transparecer que o diploma legal, então, em vigor, asseguraria aos companheiros, tanto o direito à herança, como o direito de usufruto e, ainda, o direito real de habitação.

Art. 5º. 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.

§ 1º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo a estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 7º. Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. 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. (BRASIL, 1996). Artigos 5º e 7º da lei 9.278/96.

Alguns autores questionaram a extensão do direito real de habitação aos companheiros, tendo em vista que a lei assegurava às pessoas casadas ou o direito real de habitação, nos casos das pessoas casadas pelo regime de comunhão universal de bens ou o direito de usufruto, nos casos de cônjuges que tivessem optado por outro regime, nos termos do artigo 1.611 do Código Civil.

Logo, o Código Civil não atribuía aos cônjuges os dois direitos, como pareceu acontecer pela lei 9.278/96, que demonstrava ter assegurado aos companheiros ambos os direitos, o que garantiria, nesse aspecto, uma posição mais vantajosa aos companheiros, em comparação às pessoas casadas.

Esta previsão legal de o companheiro ter o direito de habitação colocou-o em situação privilegiada em relação ao direito de habitação concedido ao cônjuge. Esse só teria tal direito real se fosse casado com o falecido pelo regime de comunhão universal e se só houvesse um único bem imóvel residencial a inventariar, ao passo que, para o companheiro ter direito de habitação, não há a restrição de só ser concedido se houver um único bem imóvel residencial a ser inventariado, porque o dispositivo acima mencionado prevê que esse direito incide sobre o imóvel em que o companheiro residia com o falecido, não fazendo qualquer menção a ser ele o único daquela espécie.

Ademais ao cônjuge sobrevivente, ou tocaria o direito real de habitação, se fosse casado pelo regime de comunhão universal e houvesse um único bem imóvel residencial a ser inventariado, ou tocaria o direito real de usufruto, se casado pelo regime de bens diverso do de comunhão universal. Enquanto que, por falta de menção expressa, nos dispositivos legais que tratavam do direito sucessório do companheiro, parece que esse poderia obter dois direitos reais, usufruto e habitação, simultaneamente. De forma que se pode dizer que o direito sucessório do companheiro, se não estava igualado ao direito sucessório do cônjuge, era maior do que o direito sucessório desse. (ORSELLI, 2004. p 47).

Segundo João Baptista Villela, deveriam esses dois direitos ser concedidos aos companheiros e às pessoas casadas, por ter o casamento, constitucionalmente, precedência em comparação à união estável. (VILLELA, 1995, p. 119).

Parece mais acertado concluir, entretanto, que a lei posterior substituiu o direito de usufruto pelo direito real de habitação, com relação ao imóvel de residência da família. Mesmo que a revogação não tenha sido expressa, essa interpretação se mostra mais justa. Tal direito real de habitação hoje, inclusive, somente é concedido, pelo Código atual, que não trata desse direito para companheiros, às pessoas casadas.

Art.1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002).

Nesse aspecto, todavia, podemos continuar aplicando a lei 9.278/96 que assegura o direito real de habitação aos companheiros, uma vez que as leis especiais devem prevalecer em tudo o que não contrariarem o Código de 2002, e, além disso, advogar no sentido da permanência do direito real de habitação aos companheiros, ainda hoje, em nada fere os direitos assegurados, às pessoas casadas, pelo Código Civil.

Deste modo, quer por inexistir colidência do Código Civil de 2002 com a Lei 9.278, de 10.05.1996, quer por ser silente o novo Código quanto à revogação daquele diploma legal, e quer pelo fato de não poder uma norma jurídica geral ou ordinária não poder revogar uma norma jurídica especial, podemos concluir pela vigência do referido

artigo de lei e, portanto, pelo reconhecimento do direito real de habitação em favor dos companheiros.

Todavia, para maior clareza, visando a impedir polêmicas maiores, recomendamos, mediante alteração no Código Civil, o reconhecimento expresso desse direito. Nesse sentido, o Deputado Ricardo Fiúza já encaminhou o Projeto de lei 6.960, de 12.06.2002, dando uma nova redação ao art. 1.790 do CC e prevendo, expressamente, esse direito. (FUJITA, 2006, p. 129).

Há de se lembrar que existe Projeto de Lei que altera aspectos relativos ao direito real de habitação, que será ainda comentado no decorrer das discussões.

Conclui-se, portanto, que o CCB foi omissivo com relação ao direito real de habitação para o companheiro, concedendo-o, expressamente, às pessoas casadas.

Deve prevalecer, então, o entendimento de que os companheiros também detêm o direito real de habitação, nos termos da Lei de 1996.

3.7 A Sucessão dos Conviventes no Diploma Civil em Vigor

O Código atual tratou dos direitos sucessórios na união estável em apartado, em dispositivo diverso daquele que cuidou da sucessão entre pessoas casadas. Casais que vivem em união estável terão, de acordo com o Código Civil, a sucessão entre os companheiros estabelecida pelo artigo 1.790, que assim dispõe:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.” (BRASIL, 2002).

Nota-se que o companheiro sobrevivente, recebe também proteção estatal quanto à sua meação, além de seus direitos sucessórios, pois a lei assegura às pessoas que vivam em união estável o mesmo tratamento dado às pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial de bens, quanto à questão patrimonial, a não ser que exista contrato escrito dispondo de forma diversa.

“Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. (BRASIL, 2002).

Desse modo, o tratamento dado aos bens do casal, na união estável, assemelha-se ao atribuído à pessoa casada pelo regime de comunhão parcial. Os companheiros tem direito à meação, dividindo-se tudo o que for adquirido durante a união, a título oneroso, excluindo-se doações e heranças. Os bens adquiridos a título eventual também entram na divisão para fins de se retirar a meação do outro companheiro. Os conviventes podem dar direção diversa ao patrimônio do casal, através da realização de pacto escrito. Note-se que a lei não exigiu pacto de convivência realizado por escritura pública, mas, apenas, que seja escrito.

A legislação atribuiu direitos sucessórios aos companheiros, entretanto, de forma diversa à destinada aos direitos sucessórios das pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial de bens, o que não configura, o tratamento diferenciado, necessariamente, uma injustiça, pois, os casais fazem suas escolhas e optam pelo casamento ou pela união estável e, escolhendo o casamento ou a união estável já possuem condições de saber, de antemão, quais serão as conseqüências patrimoniais de suas opções.

As injustiças concentram-se não no fato de companheiros terem direitos sucessórios diferenciados dos casados pelo regime de comunhão parcial, mas, sim, pela forma como foi pensada a distribuição de herança para os conviventes, fazendo com que a conclusão seja a de que melhor seria, então, ser tratado o direito sucessório do companheiro tal qual foi estruturado o direito à herança do cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial.

Determina o artigo 1.790 que, além da meação a que faz jus, o companheiro participa da sucessão do outro, com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união. Os bens adquiridos a título eventual ou a título gratuito devem ser entregues aos descendentes do companheiro falecido.

O inciso I determina que o companheiro participará da sucessão do outro, com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união, em igualdade de condições com os descendentes do finado e recebendo a metade do que couber aos descendentes, caso sejam descendentes não comuns ao casal, exclusivos do morto.

Dessa forma, como se trata de uma disposição complexa, é interessante atribuir números a uma situação hipotética para exemplificar a questão: na hipótese de um casal que tenha vivido em união estável por 20 anos, falecido o companheiro, por exemplo, deixando a companheira sobrevivente e dois filhos comuns, a herança seria repartida entre a companheira sobrevivente e os filhos.

Caso o patrimônio do casal, acumulado, a título oneroso, durante a união, fosse avaliado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil Reais), caberia R\$ 100.000,00 (cem mil Reais), metade do valor, à companheira sobrevivente, a título de meação e a herança do companheiro morto, portanto, seria de R\$ 100.000,00, valor que haveria de ser, ainda, repartido entre a companheira e os dois filhos do casal, em três partes iguais.

Nota-se, portanto, que, nessa situação, a companheira se encontra em situação mais vantajosa em comparação a uma pessoa casada pelo regime de comunhão parcial de bens, pois, se a mesma situação explicitada fosse a de um casal casado pelo regime de comunhão parcial de bens, a viúva teria direito à sua meação, pois a herança seria totalmente entregue aos filhos do casal, sem a participação da esposa. Nesse aspecto, portanto, casais que optaram pela união estável se encontram em posição mais vantajosa.

E essa é a situação corriqueira: casais que vivem em união estável e possuem filhos comuns, adquirindo patrimônio somente durante a união. Mesmo em comparação a um casal, casado por outro regime de bens, que não o da comunhão parcial, a situação, nessa hipótese, pode ser mais favorável aos companheiros. Se tratasse, por exemplo, de um casal que tivesse optado pela comunhão universal, a herança também seria entregue, inteiramente, aos filhos do falecido, recolhendo, o cônjuge sobrevivente, apenas, sua meação.

Ainda para enriquecer os questionamentos que podem ser extraídos da situação exposta, outros dados serão acrescentados ao caso imaginado, para prestar auxílio às explicações. Se o falecido tivesse deixado dois filhos, sendo um deles fruto de uma relação com outra pessoa, que não sua companheira, a herança seria alvo de divisão diferenciada. Caberia à companheira, além de sua meação, o direito à R\$ 20.000,00 (vinte mil Reais), enquanto tocaria a cada um dos dois filhos do finado R\$ 40.000,00, (quarenta mil Reais), pois, nas hipóteses em que há concorrência com algum filho que seja só do autor da herança, o companheiro

sobrevivente concorre com esses filhos, recebendo metade do que for de direito a cada um dos filhos.

A leitura do inciso II do artigo 1.790, que determina essa forma de divisão entre companheiro supérstite e descendentes do finado deve ser realizada de maneira cautelosa. O dispositivo estabelece que “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles”.

A análise não pode ser realizada de modo a se entender que o companheiro receberá metade do que couber aos descendentes do morto “se só concorrer com descendentes do falecido”, mas, sim, que caberá a ele metade do que couber aos descendentes, se concorrer com alguém que seja filho somente do autor da herança.

Essa diferenciação é criada, entre outros fatores, porque nos casos em que todos os filhos são comuns, quando da morte do segundo companheiro, o patrimônio acabará passando para as mãos dos mesmos, o que não acontecerá se houver algum descendente que seja exclusivo do falecido, pois esse não herdar nada do companheiro supérstite.

Sobre as possíveis formas de interpretação do artigo 1.790, e a sucessão dos companheiros, escreve Giselda Hironaka:

Não bastassem essas duas modalidades exegéticas para a apreciação da *circunstância híbrida* (existência de filhos comuns e de filhos exclusivos, em concorrência com o companheiro sobrevivente), outras duas, aos menos, apresentaram-se na consideração doutrinária inaugural: uma que buscou *compor* as disposições contidas nos incisos I e II do art. 1.790, atribuindo *uma quota e meia* ao companheiro sobrevivente – equivalente à soma das quotas que a ele seriam deferidas, na hipótese de concorrer com filhos comuns (uma) e com filhos exclusivos (meia) -, e outra que igualmente buscou *compor* as duas regras, *dividindo proporcionalmente a herança em duas suberanças*, atribuíveis a cada um dos grupos de filhos (comuns ou exclusivos), incorporando, em cada uma delas, a concorrência do companheiro sobrevivente.

Seja qual for a formulação ou o critério que se escolha, contudo, a verdade é que parece tornar-se impossível conciliar, do ponto de vista matemático, as disposições dos incisos I e II deste art. 1.790. (...)

Dessa forma, na realidade, são quatro propostas de tentativas de composição dos dispositivos do Código Civil envolvidos no assunto relativo à *sucessão de filhos (comuns ou exclusivos) em concorrência com o companheiro sobrevivente*.

1ª proposta: identificação dos descendentes como se todos fossem *filhos comuns*, aplicando-se exclusivamente o inciso I do art. 1.790 do Código Civil.

Por essa via, a divisão patrimonial obedeceria à simples regra de igualar os filhos de ambos os grupos, tratando-os como se fossem filhos comuns a ambos os companheiros. (...)

2ª proposta: identificação dos descendentes como se todos fossem *filhos exclusivos* do autor da herança, aplicando-se, nesse caso, apenas o inciso II do art. 1.790 do Código Civil.

Da mesma forma com a qual se cuidou de refutar a proposta anterior, também aqui, por via dessa divisão patrimonial, chegar-se-ia à mesma conclusão, vale dizer, o *espírito* do legislador do Código Civil restaria magoado, tendo em vista a inobservância da diferença que quis dar às hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes do *de cujus* de um ou de outro grupo (comuns ou exclusivos). (...)

3ª proposta: composição dos incisos I e II pela atribuição de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente.

Por essa via, a divisão patrimonial obedeceria à seguinte regra: somar-se-ia o número total de filhos comuns e de filhos exclusivos do autor da herança, acrescentar-se-ia mais um e meio (uma quota deferida ao companheiro sobrevivente, no caso de concorrência com filhos comuns, e meia quota deferida ao mesmo sobrevivente, no caso de concorrência com filhos exclusivos do falecido), dividindo-se depois, a herança por esse número obtido, entregando-se quotas de valores iguais aos filhos (comuns e exclusivos), o que atenderia ao comando do caráter constitucional do art. 1.834 do CC (que determina que descendentes da mesma classe tenham os mesmos direitos relativamente à herança de seu ascendente), e uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, o que atenderia aos comandos dos incisos I e II do artigo 1.790. (...)

4ª proposta: composição dos incisos I e II pela subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo.

Por essa via, a divisão patrimonial obedeceria à seguinte regra: primeiro dividir-se-ia a herança a ser partilhada entre filhos comuns e exclusivos em duas partes (suberanças) proporcionais, cada uma delas, ao número de filhos de um ou de outro grupo. A seguir, introduzir-se-ia, em cada uma dessas suberanças, a concorrência do companheiro, conforme a determinação do inciso I ou do inciso II do art. 1.790, respectivamente. Depois disso, somar-se-iam as quotas do companheiro supérstites – obtidas em cada uma dessas suberanças – formando o quinhão a ele cabível. Aos filhos herdeiros caberia a quota que houvesse resultado da aplicação das regras legais em cada uma das suberanças, conforme proposto”. (HIRONAKA, 2005, p. 64-67).

Nas hipóteses em que o finado não deixar descendentes, terá o companheiro sobrevivente direito a 1/3 da herança. Essa estipulação difere bastante da orientação direcionada aos casos de pessoas casadas, pois, nesse inciso, estão incluídos quaisquer parentes sucessíveis do companheiro morto; ascendentes, irmãos, tios, primos, sobrinhos, enfim, colaterais até o quarto grau.

Assim, caso o *de cujus* tenha deixado dois tios, que são parentes em terceiro grau, e não tenha deixados ascendentes, pais ou irmãos, a herança será dividida entre o companheiro sobrevivente e os dois tios do finado. Essa situação é bem injusta, pois esses tios podem ser, inclusive, pessoas com as quais o falecido não tinha o menor contato e que concorrerão à herança com o companheiro, este sim, participante da vida e testemunha da luta diária do autor da herança.

3.8 Da Concorrência entre Companheiro Sobrevivente e Parentes do *De Cujus*

Na concorrência com ascendentes e com parentes, diante de uma situação de casamento, a divisão da herança se daria de forma bem diferente do que acontece em casos de união estável. Não havendo descendentes, a herança é repartida entre ascendentes e cônjuge sobrevivente. E, não havendo ascendentes ou descendentes a herança é inteiramente entregue ao cônjuge sobrevivente. O cônjuge se encontra em uma situação sucessória mais privilegiada em relação aos irmãos e demais parentes do cônjuge morto, o que não ocorre com os companheiros, pois, se o companheiro morto não deixa ascendentes ou descendentes, o companheiro sobrevivente dividirá a herança com os demais parentes do finado.

No entanto, quando a concorrência se dá com apenas um dos ascendentes em primeiro grau, a aplicação irrefletida do inciso III levaria a que o companheiro continuasse a receber um terço da herança, enquanto o ascendente receberia dois terços. Veja-se, portanto, que o ascendente único receberia mais do que o filho comum que fosse único, pois a este último caberia apenas a metade, enquanto ao ascendente tocam dois terços da herança.

Da mesma forma, se houvesse dois ascendentes de segundo grau (os dois avós paternos, por exemplo), teríamos o seguinte: ao companheiro seria entregue um terço, enquanto cada ascendente também receberia um terço. Como se vê, nessas duas últimas hipóteses (um só ascendente de primeiro grau ou ascendentes de segundo grau), o tratamento dado pela norma legal foi completamente distinto daquele que o Código Civil destinou à concorrência do cônjuge supérstite com os ascendentes, o que quebra a busca de tratamento semelhante, expressamente mencionada no parecer do relator. (DANTAS JÚNIOR, 2005. p. 137).²³

Crítica severa a esse artigo deve ser feita também no tocante ao fato de que o *caput* do artigo 1.790 restringe a participação sucessória do companheiro supérstite aos bens adquiridos onerosamente na constância da união. Ora, e se houver bens adquiridos a título gratuito na constância da união? Certamente que serão entregues aos descendentes do morto. O problema surge quando não há descendentes e há bens adquiridos a título gratuito ou a título eventual na constância da união. Tais bens, pela leitura pura e simples do artigo 1.790 seriam entregues inteiramente aos ascendentes do finado, ou a outros parentes sucessíveis, mas não ao companheiro.

Quando não há descendentes do autor da herança, tratando-se de finado que viveu em união estável, e havendo patrimônio adquirido a título gratuito ou a título

²³ Nesse parágrafo, o autor se refere ao relator do Projeto de Lei, quando da tramitação do mesmo.

eventual na constância da união, esses bens deveriam ser entregues, em concorrência, entre o companheiro sobrevivente e ascendentes do falecido, tal qual ocorreria em um casamento regido pelo regime de comunhão parcial de bens, para evitar situações injustas.

Outra teoria seria a de sustentar que os bens adquiridos a título gratuito na constância da união, ou a título eventual, ou ainda, os bens adquiridos anteriormente à união, teriam o destino previsto pela lei 9.278/96, que continua em vigor em tudo aquilo que não contrariar as disposições do Código atual. Não é esse o entendimento ideal, na medida em que os bens citados seriam entregues aos descendentes e, não os havendo, aos ascendentes e, apenas em terceiro lugar, após os ascendentes, seriam entregues aos companheiros. Mas evitaria que o companheiro ficasse totalmente afastado da sucessão desses bens.

Ideal seria que, com relação aos mencionados bens, houvesse concorrência entre companheiro sobrevivente e ascendentes do falecido. Havendo filhos, esses bens deveriam ser entregues aos filhos do defunto. Desse modo, a divisão mais interessante seria atribuir, inteiramente, a propriedade desses bens aos descendentes, e não os havendo, reparti-los entre ascendentes e companheiro sobrevivente. Não havendo ascendentes ou descendentes os referidos bens deveriam ser entregues ao companheiro sobrevivente. Neste sentido:

De acordo com a consagrada regra de interpretação, a norma jurídica deve ser interpretada não apenas sob o aspecto *gramatical*, mas principalmente, de forma *lógico-sistemática e teológica*.

Ademais, não se deve esquecer o mandamento contido no art. 5.º da LICC (Dec.-lei 4.657/42), no sentido de que: 'Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'.

Analisando atentamente o art. 1.790 do CC/2002, observa-se que este dispositivo *não* está regulando, de forma exaustiva e completa, a sucessão, como um todo, envolvendo uma união estável.

Reitere-se: o art. 1.790 não é a regulamentação do amplo tema da sucessão no caso do companheiro.

A referida norma, na realidade, trata de tema muito pontual e específico, apenas inserido como *um* dentre os múltiplos e possíveis aspectos inerentes à vasta temática da sucessão na união estável.

Ou seja, o citado art. 1.790 regula, tão-somente, como opera a sucessão 'quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável'.

Outras questões foram – de forma proposital, ou não, pois, de qualquer modo, o que interessa é a *mens legis* – silenciadas pela disposição em destaque.

Isso é confirmado, primeiramente, pela própria literalidade do dispositivo, porquanto o art. 1.790 estabelece que 'a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, (*vírgula*) quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, (*vírgula*) nas condições seguintes'.

A expressão 'quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável' está entre vírgulas justamente para se explicitar quais são as regras especificamente

aplicáveis (caso ocorra sucessão) *para este tipo particular de bens* (os adquiridos onerosamente na vigência da união estável).

No entanto, quanto às outras espécies de bens, notadamente adquiridos *gratuitamente* na vigência da união estável, bem como os adquiridos (gratuita ou onerosamente) pelo companheiro falecido *antes* da união estável, permanece em pleno vigor e eficaz o art. 2.º, III, da Lei 8.971/94, devendo assim, ser aplicado.

Por isso, no máximo que se pode admitir é a mera derrogação (ou seja, revogação parcial) desta disposição da Lei de 1994: quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, não mais incide o inciso III do art. 2.º da Lei 8.971, mas sim o art. 1.790 do CC/2002, quando a sucessão é aberta (art. 1.784) a partir da entrada em vigor do novo Código Civil (art. 2.044). (GARCIA, 2006, p. 168-169 e 171).

Nota-se que o autor, portanto, defende a aplicação do artigo 1.790 com relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, e com relação às outras espécies de bens o professor defende a aplicação das Leis 8.971/94 e 9.278/96. Sobre as injustiças presentes no artigo 1.790 coloca-se o Professor César Fiuza:

O Código Civil é incerto em sua redação, deixando margem à dúvida quanto à participação do companheiro na sucessão do outro. O *caput* do art. 1.790 refere-se aos bens adquiridos, onerosamente, no transcorrer da união estável. Dá a entender que, em relação aos demais bens, o companheiro não participaria da sucessão, sendo, então, convocados os outros herdeiros, conforme a ordem anteriormente estudada. Por outro lado, os incisos III e IV do mesmo art. 1.790 referem-se à herança do companheiro morto, dando a entender que o sobrevivente participaria da sucessão, não só quanto aos bens a que se refere o *caput*, como todo o acervo hereditário.

A redação é confusa e transformará o dispositivo em grande sementeira de litígios.

Em minha opinião, seria absurdo interpretar a norma no sentido de colocar o companheiro em situação inferior à da Administração Pública. A se interpretar o art. 1.790 apenas de acordo com o seu *caput*, poderá ocorrer o caso em que o companheiro nada herdar, por não haver patrimônio adquirido a título oneroso durante a união estável. Supondo que haja outro patrimônio, este seria incorporado aos cofres municipais. Tal situação iria muito além das raízes do absurdo.

Assim sendo, por mais atípica que seja a sucessão do companheiro, a interpretação do art. 1.790 e seus incisos deve ser favorável a ele, convivente, que privou dos últimos momentos do autor da herança, vivendo com ele como se casado fosse. (FIUZA, 2003, p. 867-868).

Ainda sobre as críticas que podem ser feitas à sucessão do companheiro apresentadas pelo CCB, podem ser acrescentados os seguintes comentários:

O companheiro não tem direito a sucessão da parcela do patrimônio do falecido adquirida a título gratuito ou adquirida antes da união estável, esses bens são divididos apenas entre os parentes sucessíveis do falecido.

A redação do *caput* do art. 1.790 é clara em relação a essa limitação do direito hereditário do companheiro, contudo caberia questionar o motivo de tal restrição. Por que o companheiro não é considerado herdeiro legítimo como os demais herdeiros legítimos que, sendo chamados a suceder, têm direito sobre todo o patrimônio do falecido? Parece que o legislador ainda tem um certo preconceito em relação ao

companheiro e não o ampara amplamente como faz com os demais herdeiros legítimos.

Conforme o inciso II do art. 1.790 do CC, se o companheiro concorrer com os descendentes só do *de cujus*, terá direito à metade da quota que couber aos descendentes. Neste caso, sendo, por exemplo, dois filhos exclusivos do autor da herança e sendo a meação do patrimônio comum avaliada em cinquenta mil reais, o companheiro terá direito a dez mil reais como herança, enquanto que cada um dos filhos terá direito a vinte mil reais. Não esquecendo que, se houver patrimônio particular do *de cujus*, esse será partilhado igualmente apenas entre os filhos.

Alguns doutrinadores têm afirmado que o artigo não estabelece regra específica para o caso de o falecido ter deixado descendentes comuns com o companheiro sobrevivente e descendentes exclusivos, ou seja, só seus. (ORSELLI, 2004, p. 51-52).

Vale observar que o companheiro não é herdeiro necessário, ao contrário do que ocorre com o cônjuge. A consequência principal disso é que uma pessoa casada, qualquer que seja o regime patrimonial, não pode dispor, através de testamento, de mais da metade de seus bens, claro, desde que o beneficiário não seja pessoa impedida de receber doação, o que já não ocorre na união estável.

Na união estável os companheiros podem dispor da totalidade de seu patrimônio caso não haja ascendentes ou descendentes, pelo fato de que, atrelando-se aos ditames da letra fria da lei, companheiros não são herdeiros necessários.

Uma interpretação mais justa seria a de impedir que companheiros dispusessem de tudo através de testamento, aplicando-se o limite de cinquenta por cento que compõe a legítima dos herdeiros necessários, incluindo o companheiro no rol desses herdeiros.

Há, entretanto, um Projeto de Lei, nº 4.994 de 2005, que visa retirar o cônjuge da lista dos herdeiros necessários, buscando que permaneçam como herdeiros necessários apenas os ascendentes e descendentes. No capítulo que discute as proposições legislativas em matéria sucessória esse assunto será novamente suscitado.

Tratando da legítima, a metade da herança obrigatoriamente entregue aos herdeiros necessários, da colação, que consiste no ato de devolução ao monte partível das doações feitas, em vida, pelo autor da herança a seus herdeiros necessários, e sobre o fato de que não é dado a alguém doar mais da metade de seu patrimônio a outrem, quando há herdeiros necessários, destacam-se os seguintes dispositivos, todos do Código Civil brasileiro e já mencionados anteriormente neste trabalho:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.
Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.
Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.
Art. 2.002. Os descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.
Parágrafo único. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível.
Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida nesse Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados.
Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.
Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. (BRASIL, 2002).

A legítima, essa reserva de metade dos bens deixados pelo finado a ser entregue aos herdeiros necessários, e que impede, inclusive, que uma pessoa doe, em vida, mais da metade de seu patrimônio, é pautada por critérios essencialmente do campo da afetividade.

Presume a lei que, em primeiro lugar, as pessoas mais amadas por alguém são seus descendentes, em uma primeira escala e, em segundo plano, seus ascendentes e o cônjuge. A ordem de vocação hereditária também se pauta nessa presunção, nessa escala de receptores do afeto do autor da herança. Faltou inserir, nesse rol, contudo, a menção ao companheiro como herdeiro necessário.

Mantendo fidelidade ao fundamento geral da sucessão legítima, na vontade presumida da pessoa em beneficiar seus familiares, intuitivamente, considera-se que o amor e a afeição pelos descendentes é mais intenso em comparação com os demais, justificando-se nestas características a preferência sucessória estabelecida. (CAHALI, 2007, p. 144).

Críticas são feitas, portanto, ao fato de que cônjuges são considerados herdeiros necessários e companheiros não o são. Todavia, ao optarem pela união estável e não pelo casamento os companheiros devem ter em mente que nem todos os direitos assegurados às pessoas casadas se estenderão à união estável, pois, caso contrário, não haveria nenhum tipo de diferenciação entre casamento e união estável e as partes também são responsáveis pelas escolhas que traçam. Porém, especificamente, com relação ao fato de que apenas cônjuges são considerados herdeiros necessários, essa distinção não deveria ocorrer, devendo companheiros

serem também herdeiros necessários. Pode ser que essa distinção esteja fundada no fato de que a prova de existência de união estável não é fácil, como no casamento, uma vez que provar a existência de matrimônio é mais simples, mediante apresentação da certidão de casamento.

Sobreveio a Constituição Federal de 1988, que, se não igualou o casamento e a união estável, pelo menos reconheceu que ambas as formas de união de esforços e afeto são aptas a constituir uma família, determinando, via de consequência, que todas as entidades familiares gozassem da mesma e idêntica proteção do Estado. Nesse sentido, então, não se consegue vislumbrar onde esteja a proteção do Estado ao companheiro supérstite, uma vez que para ele não tenha sido reservada a condição de herdeiro necessário, o que significaria protegê-lo contra lesão à legítima. Bem por isso, crê-se que o melhor para a satisfação social, sob todos os aspectos, teria sido que o legislador reconhecesse ao companheiro a reserva da legítima, até porque permitiu que este concorresse com os descendentes e com os ascendentes (herdeiros necessários) na primeira e na segunda ordens de vocação hereditária. (HIRONAKA, 2004, p. 107).

As colocações presentes nesse estudo restringem-se a uma tentativa de diminuir injustiças, mas não é objetivo do presente trabalho propor uma total igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros, podendo a lei atribuir direitos diversos a institutos que também são diferenciados. Em alguns aspectos, todavia, especialmente no campo sucessório, é mais coerente equiparar a união estável a um casamento regido pelo regime de comunhão parcial, mas o presente texto não objetiva pregar a igualdade de consequências jurídicas entre casamento e união estável sob todos os aspectos.

Certo é que a Constituição protege formas diversas de família, entre elas a união estável. Mas a Magna Carta não igualou todos os Direitos estendidos às pessoas casadas aos companheiros. Pode ser que isso configure uma tendência a ser suprimida nos próximos anos, e mesmo que não seja alcançada a igualdade expressa, no texto da lei, no sentido de serem destinatários de dispositivos legais direcionados, indiferentemente às pessoas casadas e companheiros, trata-se, a igualdade de direitos entre cônjuges ou aos companheiros, de uma tendência jurisprudencial. É preciso lembrar também que a sucessão do companheiro precisa ser aprimorada. Não é tecnicamente correto, entretanto, afirmar que a diferenciação de tratamento dada às pessoas casadas e conviventes em uniões estáveis configurem inconstitucionalidade. Não chega a ser inconstitucional o fato de artigos diferentes cuidarem da sucessão entre pessoas casadas e entre companheiros, haja vista que se tratam de duas situações diferentes. Há injustiças, sim, que podem e

devem ser reparadas, mas não se trata de inconstitucionalidade, como explica Alexandre Gomes²⁴:

Relativamente ao direito de sucessões, o novo Código Civil brasileiro representa com clareza a vontade do legislador de tratar desigualmente a união estável e o casamento. Como visto, não foram conferidos aos companheiros(as) supérstites direitos iguais ao cônjuge.

Na verdade, tal orientação é correta e tem lastro constitucional, pois o constituinte de 1988 não equiparou tais entidades familiares, em que pesem as vozes divergentes. Protegeu ambas, é certo, mas, como se depreende do já citado art. 226 da Lei Maior, privilegiou a família constituída pelo matrimônio em detrimento da entidade familiar adveniente da união estável.

De fato, dos o *caput* do art. 226 da CF que: 'A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado'. Em seguida, no § 1º, afirma-se que o casamento é civil e gratuita a celebração, deixando claro que a família, em regra e ordinariamente, advém do casamento. O § 2º trata do casamento religioso, cujo efeito civil se dá nos termos da lei infraconstitucional. Só então, no § 3º, a CF trata da união estável, *in verbis*: 'Para efeito de 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' (...)

Demais disso, tornando estreme de dúvidas o desigual tratamento condicional, reza o final do mesmo § 3º, em comento, que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, ou seja, reconhece-se o instituto, mas ele deve servir como caminho para o desejado matrimônio, não como fim em si mesmo. (GOMES, 2002, p.14).

Dessa forma, não se defende a igualdade total entre casamento e união estável, uma vez que configuram institutos diversos.

Ocorre, porém, que no campo sucessório, há muitas injustiças e polêmicas que podem e precisam ser diminuídas sob pena de serem extraídas situações incoerentes, como a que ocorreria, citada neste momento, só a título de exemplo, no caso de um companheiro falecido, sem filhos, que ao morrer deixa tios, sobrinhos, primos, e uma companheira de longa data, além de patrimônio formado antes de sua união com a mesma.

De acordo com a atual forma de distribuição, a herança formada por patrimônio anteriormente à união, seria entregue aos colaterais mais próximos, os sobrinhos, e a companheira sobreviva nada receberia. Questões como essa é que precisam ser abrandadas.

As incertezas quanto à interpretação que será consolidada sobre os temas levantados por este trabalho pelos Tribunais, aliadas às questões e opiniões

²⁴ É preciso não esquecer que embora seja tendência que a legislação e a jurisprudência igualem a união estável ao casamento, em grande parte dos casos que chegarem ao judiciário, relativos à união estável, será necessário propor ação de reconhecimento de união estável, enquanto o casamento prova-se mais facilmente, com menos ônus ao judiciário, mediante apresentação da certidão de casamento.

diversificadas sobre o assunto, fazem ganhar força a discussão sobre o planejamento sucessório, pois por meio do testamento, da partilha em vida e da doação, podem os detentores de patrimônio atenuar o receio quanto à divisão de patrimônio após a morte.

São formas de partilha em vida a doação de seus bens pelos ascendentes aos descendentes reservando os donatários o direito de usufruir dos bens doados, não destinando a nenhum dos descendentes parcela muito superior à do outro, de forma a ultrapassar a legítima, assim como chama-se de partilha em vida, a mesma distribuição, apenas entre os descendentes, por meio de testamento, ou constante em outro documento autêntico.

A passagem abaixo transcrita destaca a lembrança sobre essa preocupação com o planejamento sucessório, agora surgida de modo mais latente na sociedade brasileira.

A partilha da vida rege-se por algumas regras da doação pura e simples, mas com ela não deverá confundir-se, porque as doações de bens efetuadas em vida deverão ser trazidas à colação pelos herdeiros necessários, quando do inventário, enquanto que os bens partilhados em vida não necessitarão vir à colação (...).

A doação em reserva de usufruto vitalício do doador é uma liberalidade que uma pessoa faz a outra, que os aceita, de transferência de bens de seu patrimônio, apenas da posse indireta, mantendo a posse direta, o usufruto, até a morte (...).

O planejamento sucessório é o caminho para todos aqueles que possuem um patrimônio e herdeiros e que, efetivamente, se preocupam com o futuro ou destino deste patrimônio após a sua morte e com a segurança de sua família (...).

Entre as vantagens do planejamento sucessório podemos evidenciar a redução de custos financeiros e tributários, uma divisão mais justa, a rapidez do processo de divisão do patrimônio, a segurança financeira da família e a não-ocorrência de desgastes emocionais dos herdeiros (...) . (TEIXEIRA, 2005, p. 12, 15 e 17).

As múltiplas e confusas decorrências do novo direito sucessório, e as dúvidas suscitadas pela interpretação dos artigos é comentada pela Profa. Maria Berenice Dias, na passagem a seguir colocada, que retrata a insegurança trazida pela complexa redação da lei.

Frente ao que foi posto até aqui e diante da diversidade de interpretações que o mesmo texto legal tem ensejado, cabe fazer uma pergunta: qual o regime de bens que deve adotar quem quer casar e, tendo filhos e bens, não pretende que, no caso de seu falecimento, o cônjuge receba parte do patrimônio amealhado antes do casamento?

Torna-se impositivo raciocinar por exclusão. Às claras, não deve eleger o regime de comunhão universal, pois, nessa hipótese, o cônjuge receberia a metade do seu patrimônio particular a título de meação. Não cabe igualmente optar pelo regime de separação de bens, já que, por não incluído esse regime nas exceções do inc. I do art. 1.829, o cônjuge sobrevivente teria o direito à concorrência sobre todos os bens,

inclusive os particulares. O mesmo se diga com referência ao regime de participação final de aqüestos, pois igualmente não foi excepcionado pela lei, persistindo o direito do sobrevivente de concorrer também sobre os bens individuais.

Não havendo regime de bens a eleger por pacto antenupcial, o casal não pode igualmente silenciar, para que se instale o regime da comunhão parcial. Nessa hipótese, em face da existência de bens particulares (para quem interpreta a lei assim), o viúvo concorrerá com os descendentes.

Qual a solução? O jeito é não casar? É viver em união estável? É esperar que um dos cônjuges complete 60 anos para casar com regime de separação legal? Como deixar os bens particulares só para os filhos?

A única conclusão a que se pode chegar é que está cerceada a vontade de quem quer casar, mas quer preservar seu patrimônio pessoal em favor de seus filhos. Pelo jeito, quem possui filhos e bens não pode casar! Conclusão: o novo Código Civil, que tanto se empenhou a regular o casamento (dedicou-lhe 202 artigos), impõe o celibato a quem possui filhos e patrimônio, ainda que seja somente uma bicicleta. Cabe lembrar que a própria Constituição Federal parece preferir o casamento ao impor empenho em casar aos conviventes, mas a lei não está atentando a essa recomendação.

A saída é uma só: reconhecer a inconstitucionalidade das exceções postas no inc. I do art. 1.829 do Código Civil, quiçá de todo o art. 1.829.

Falando em inconstitucionalidade, seria bom inserir no rol o tratamento discriminatório concedido à união estável não só no âmbito sucessório, mas em incontáveis dispositivos espalhados na lei. Desrespeitam a diretriz traçada pela Constituição Federal, que não estabeleceu qualquer hierarquização entre as entidades familiares e as elencou de forma exemplificativa. (DIAS, 2004, p. 453-454).

Difícil a posição, portanto, dos profissionais do Direito que atuam, em especial, com o Direito de Sucessões, na missão de aparar as arestas colocadas pelas tantas novidades trazidas pelo campo sucessório atual.

3.9 A Sucessão entre Parceiros Civis do Mesmo Sexo

Não existe, ainda, uma lei que reconheça as uniões civis entre pessoas do mesmo sexo. As uniões civis não são consideradas como uniões estáveis porque tanto o Código Civil como a Constituição Federal exigem que, para que uma relação seja caracterizada como união estável ou concubinato, devam se dar entre homem e mulher.

O patrimônio acumulado por esses pares de pessoas do mesmo sexo, tem sido repartido através da aplicação da teoria da dissolução de sociedade de fato, teoria desenvolvida pelo direito das obrigações e pelo direito empresarial e que prevê que, quando há esforço comum, havendo dissolução da união, ou havendo o término da relação por ocasião da morte de um deles, haveria divisão do patrimônio

acumulado durante a relação. Essa teoria também pode ser aplicada aos pares de mesmo sexo. Muitas vezes são invocadas as Súmulas 380 e 382 do STF.

A divisão do patrimônio adquirido pelo esforço comum durante a relação dá margem à antiga discussão sobre se a realização de tarefas diárias de cunho doméstico, poderiam ser consideradas como esforço comum útil à aquisição de patrimônio, arestas que, por enquanto, estão sendo trabalhadas pelos julgadores ante à inexistência de um texto legal específico sobre o tema.

Além disso, a aplicação da teoria da dissolução de sociedade de fato não resolve o problema da finalização da união pelo óbito de um dos “companheiros”, para fim de partilha de herança, e está longe de resolver todas as questões conflituosas relativas ao tema.²⁵

Há várias decisões judiciais que concedem direitos sucessórios e previdenciários a pares homossexuais. Muito provavelmente não demorará para que seja elaborada uma lei equiparando a união civil entre pessoas do mesmo sexo à união estável, estabelecendo que se aplicarão aos conviventes de mesmo sexo as mesmas regras aplicáveis às uniões estáveis ou elaborar-se-á uma lei que estabeleça os direitos dos pares homossexuais de forma diferenciada, criando um terceiro tipo de relação, além, da matrimonial e da formada pela união estável e reconhecendo a família homossexual.

Recentemente foi concedido, inclusive, o direito de adotar aos pares homossexuais em casos concretos. A tendência mais forte é que essas relações sejam totalmente equiparadas às uniões estáveis. Falta, como exposto, o reconhecimento legal, haja vista que o reconhecimento jurisprudencial já existe. É interessante ressaltar que embora não haja texto legal específico sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo, que se diferiria, inclusive, do casamento entre estas pessoas, na medida em que não se trataria de casamento, tais relações são reconhecidas jurisprudencialmente e é bom lembrar que a jurisprudência e os costumes também são fontes do direito.

O projeto de Lei nº 1.151 de 1995, é um dos projetos que tramitam atualmente, sobre o tema, e assegura aos parceiros o registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais do reconhecimento de união civil visando à

²⁵ A expressão *companheiros* está sendo utilizada entre aspas porque não constitui, ainda, expressamente, pelo texto legal, hipótese de união estável, sendo mais apropriada a expressão *parceiros*.

proteção dos direitos, regularização da propriedade dos bens adquiridos e à sucessão.

Antes desse registro deverá ser lavrado um acordo em Cartório de Notas, sobre os bens do par homossexual. (BRASIL, 1995).

O mencionado Projeto de Lei não dispõe sobre como se dará a sucessão entre os pares homossexuais, levando a crer que a intenção do legislador ou era que se desse a essas pessoas o mesmo tratamento dado à união estável, ou que a divisão patrimonial em caso de morte também deverá ser alvo de estipulação em acordo a ser firmado em cartório, o que traz muitas indagações, tais como, na existência de ascendentes, não havendo filhos, como se dará a concorrência entre parceiro sobrevivente e ascendentes do morto?

Poderia, a estipulação, para fins de distribuição de herança, ser aceita se constante em pacto firmado por ambos os parceiros, uma vez que tal prerrogativa não é concedida às pessoas casadas e aos companheiros? Não é possível alterar a ordem de vocação hereditária através de pacto antenupcial ou pacto de união estável. No caso dos parceiros civis de mesmo sexo, contudo, não há ordem de vocação prevista em lei, o que não impediria que dispusessem sobre a divisão de patrimônio em pacto por ambos firmado.

Entretanto, mesmo para pessoas casadas ou que vivam em união estável não é aceita, sem maiores discussões, a introdução de cláusulas relativas à sucessão, em decorrência de morte, nos pactos citados.

Outra alternativa se dá através da disposição dos bens por meio de testamento, lembrando que se o testador possuir herdeiros necessários, não poderá dispor de mais da metade de seus bens.

Mas, melhor seria se, simplesmente, a união civil entre pessoas de mesmo sexo fosse totalmente equiparada à união estável e, uma vez repensados e discutidos os aspectos sucessórios atribuídos aos companheiros, estariam sendo, automaticamente, beneficiados os parceiros civis de mesmo sexo.

3.10 Uma Nova Ordem de Vocação Hereditária: sugestões

Após as discussões travadas neste capítulo, somando-se as idéias diluídas ao longo do mesmo, a ordem de vocação hereditária, portanto, neste estudo defendida, seria aquela que privilegiasse, sempre, em primeiro lugar, os descendentes, ficando o cônjuge ou companheiro protegido pela sua meação e pelo direito real de habitação com relação ao imóvel residencial da família.

Em segundo lugar, em concorrência com ascendentes, na ausência de descendentes, deveria postular o cônjuge ou companheiro, independentemente do regime de bens adotado pelo casal, concorrendo com relação à toda a herança deixada, além de sua meação, não sendo excluído da sucessão de bens adquiridos anteriormente ao enlace, ou adquiridos a título eventual, doação ou herança na constância da união.

Ao cônjuge ou companheiro e aos filhos menores ou jovens, com idade de aproximadamente 24 anos, deveria ser ressalvado o direito real de habitação com relação ao imóvel residencial da família, não importando o regime de bens e, no caso do cônjuge ou companheiro, enquanto permanecesse solteiro, ainda que por toda a sua vida.

Na ausência de ascendentes e descendentes, com relação à toda a herança e a qualquer tipo de bem deixado, deveria figurar como exclusivo herdeiro o cônjuge (o que atualmente já ocorre no caso da pessoa casada) ou companheiro.

Às uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, deveriam ser assegurados os mesmos direitos concedidos aos companheiros, inclusive sucessórios.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Constitui tarefa difícil pesquisar e selecionar decisões para fins de ilustrar um trabalho voltado para as grandes discussões em matéria sucessória, advindas da ordem de vocação hereditária, presentes no Código Civil de 2002.

A dificuldade ocorre porque, nos casos em que o casal optou pelo regime de comunhão universal de bens, se um dos cônjuges falecer, havendo filhos, a herança do cônjuge falecido, fora a meação do viúvo, será toda entregue aos filhos do *de cuius* e a maioria das pessoas idosas casadas que falecem, atualmente, tinham o matrimônio regido pela comunhão universal de bens e deixaram filhos, fazendo, dessa forma, com que as grandes polêmicas em matéria sucessória tenham acesso aos tribunais de modo um pouco adiado, pois, na situação descrita, não há dúvidas: o cônjuge supérstite recebe sua meação e a herança deixada pelo consorte morto pertence exclusivamente aos filhos.

O fato da maioria dos casais idosos se encontrarem nessa situação deve-se ao regime legal de bens, que era o da comunhão universal até 1977. Atualmente, o regime legal é o da comunhão parcial.

Todos esses argumentos já foram expostos, anteriormente, mas é interessante iniciar esse capítulo lembrando a necessidade de ensejar maiores discussões sobre o tema, na medida em que o panorama dos julgados em campo de direito sucessório brasileiro deve mudar, nos próximos 10 ou 15 anos, quando um número maior de casamentos desfeitos pela morte, em que haja bens particulares, nas hipóteses de regime de comunhão parcial ou em caso de casais que não tiveram filhos ou que viviam em união estável, por exemplo, se tornarem mais freqüentes.

Além disso, em decorrência da maior liberdade nas relações, galgada com o decurso do tempo, tende a aumentar o número de pessoas que tiveram seus relacionamentos desfeitos pela morte de um dos cônjuges ou companheiros, já tendo sido anteriormente casados ou vivido em união estável e contando com a existência de filhos de relacionamentos anteriores e/ ou comuns.

Esse capítulo tem como escopo a análise de julgados que envolvem o tema objeto do estudo proposto: a ordem de vocação hereditária atual, tanto no que se

refere às situações que abrangem partes casadas, como a sucessão entre companheiro.

A pesquisa fez perceber que, em matéria de direito sucessório, ainda não existe jurisprudência consolidada em torno dos assuntos mais polêmicos. Nos Tribunais de Justiça de regiões menos populosas, o número de processos que tramitam acerca do tema em pauta e, especificamente, no tocante a debates relativos à ordem de vocação hereditária é, ainda, pouco significativo²⁶.

No primeiro caso a ser analisado, que trata de decisão emanada do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no ano de 2004, a viúva, que era casada com um homem falecido na vigência do Código Civil atual, interpôs agravo, ante ao referido Tribunal, almejando alteração do plano de partilha apresentado e aceito pelo juiz monocrático.

Trata, o caso, de um casal, que era casado pelo regime de comunhão parcial de bens, tendo o falecido deixado uma filha. O autor da herança contava, além dos bens adquiridos juntamente com a esposa, com bens particulares, com um veículo *Astra* e uma linha telefônica.

A agravante, a viúva, entendeu que, havendo bens particulares, pois, apesar de não conseguir comprovar que o veículo *Astra* fosse bem particular, o mesmo já não ocorreu com a linha telefônica, tendo comprovado, a mesma, a natureza daquele bem, deveria ela ser considerada herdeira tendo acesso à toda a herança deixada, concorrendo com a descendente do *de cujus*.

A viúva pleiteou, então, que sua condição de herdeira não se restringisse aos bens particulares, mas, sim, a todos os bens deixados pelo morto, inclusive a parte incluída na meação do mesmo. Ou seja, almejava a viúva, fundamentado-se na existência de bens particulares, ainda que de baixos valores, como uma linha telefônica, a concorrência com relação a toda a herança legada pelo falecido pretendendo dividi-la com a filha do mesmo.

Embora a turma de julgadores tenha reconhecido expressamente que a intenção do legislador era a de que não houvesse concorrência sobre os bens que já fossem alvo de meação, devendo a divisão entre cônjuge sobrevivente e descendentes do finado recair sobre os bens particulares, o voto caminhou no sentido de dar

²⁶ Embora não sejam decisões que tramitem em segredo de justiça, os nomes presentes nas decisões foram abreviados, pois, a intenção do capítulo é refletir sobre o conteúdo das análises, sendo desnecessária a identificação das partes.

provimento ao recurso e conceder a concorrência sobre todo o acervo hereditário entre a viúva e a filha do finado, sob a alegação de que se tratasse de uma hipótese de união estável, por força do artigo 1790, haveria concorrência entre companheira sobrevivente e descendentes do finado sobre a parte do falecido relativa aos bens adquiridos onerosamente durante a união.

Data máxima vênia à decisão comentada, o voto parece desconhecer que, de fato, no artigo 1.790 está descrito que haverá sempre a concorrência entre companheiro supérstite e filhos do finado, mas que esse artigo somente contempla tal concorrência com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união, como prevê o *caput* do artigo citado, não tendo o companheiro acesso, em princípio, aos bens adquiridos anteriormente à união, sendo, portanto, duas situações distintas.

Além disso, no próprio voto é reconhecida a intenção do legislador na direção de que a concorrência se desse apenas com relação aos bens particulares. Desse modo, seria melhor que não fosse concedida a concorrência sobre todo o acervo hereditário, desrespeitando-se a intenção do legislador pátrio.

EMENTA - CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. BENS PARTICULARES DEIXADOS PELO AUTOR DA HERANÇA. PARTICIPAÇÃO COMO HERDEIRO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA. (...) Cuida-se de agravo de instrumento interposto por T. N. D. contra a decisão que determinou a retificação do plano de partilha, nos autos do inventário dos bens deixados por H. P. D. Em razões de agravo sustenta a agravante, que após a habilitação da menor L. L. D., filha do falecido com C. M. P. L., foi proferida a decisão ora agravada que, com base na disposição do Novo Código Civil, adotou o entendimento de que no regime de comunhão parcial de bens a inventariante e viúva meeira concorrerá à herança apenas quanto aos bens particulares. Concluiu a juíza sentenciante que, diante da inexistência de provas que atestem ser o veículo *Astra* um bem particular do *de cujus*, estaria sujeito à meação, o mesmo não ocorrendo em relação a uma linha telefônica, comprovadamente adquirida antes do casamento e, portanto, passível de partilha com a menor herdeira. Argumenta que o entendimento do Juízo de primeiro grau é equivocado, uma vez que o direito hereditário do cônjuge não se restringe aos bens particulares e sim sobre a integralidade do espólio. Assevera que o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, em nenhum momento restringe o alcance da herança devida ao cônjuge, eis que na realidade o dispositivo prevê expressamente que a sucessão legítima defere-se aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Em apoio à sua tese, traz excertos doutrinários e prossegue estabelecendo uma relação paralela entre o artigo 1.790 do Código Civil, que trata do direito sucessório dos companheiros e o regime da comunhão parcial de bens, concluindo que, se o companheiro possuiu direito à meação e à herança sobre o patrimônio constituído na vigência da união estável, não há razão para impedir que o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens goze do direito de meação e de herança sobre os bens constituídos durante o casamento. (...) Em resposta, refuta a agravada os argumentos da agravante, ressaltando que numa visão deturpada, para que o cônjuge sobrevivente, cujo regime de bens era o

da comunhão parcial, concorra com os descendentes, basta tão-somente a condição de que exista um bem particular deixado pelo autor da herança para que generalize a aplicação do instituto. Esclarece que, no caso concreto, sob o ponto de vista equivocado da agravante, tendo o falecido deixado somente uma linha telefônica como bem particular, tal condição já era o suficiente para que, além da meação, a agravante possa concorrer em igualdade de condições com a descendente, relativamente a todo o monte partilhável adquirido na constância do casamento. Em suma, a agravante ficaria com 75% do monte partilhável e a agravada com apenas 25%.

(...) Este o entendimento a que me filio no limiar das discussões acerca do thema decidendum, em face do silêncio do legislador quanto ao real alcance da norma em tela e da perplexidade que traz a interpretação contrária, ao delinear inusitada situação de real desvantagem ao cônjuge supérstite em relação ao companheiro(a) no âmbito da união estável (art. 1.790 e incisos do atual Código Civil) que participa da sucessão legítima, além da meação, na condição de herdeiro em concorrência com os filhos, sem qualquer limitação atinente ao regime a ser considerado (art. 1.725 do C.C.).

Assim, como assevera a agravante, 'se em vez de contrair matrimônio, houvesse optado pela união estável, acabaria por receber um quinhão hereditário maior do que o definido pela decisão atacada' (fl.14). Com estas considerações, dou provimento ao presente agravo, para reformar a decisão hostilizada, assegurando a participação da agravante na integralidade da herança em questão. (DISTRITO FEDERAL, TJDF. Ag. de Int. 2004.00.2.009630-8, Rel. Des. Dácio Vieira, 2004).

Nessa segunda análise de caso concreto a ser feita, a companheira sobrevivente de um homem, que com ele teve um filho, foi excluída da herança do mesmo, recebendo apenas sua meação.

A referida companheira interpôs o recurso de apelação, e pleiteou participar da herança do companheiro morto, em concorrência com os filhos do finado, que eram três e provenientes de uma relação anterior, além da criança que deixou, o quarto descendente, fruto de sua união estável com a apelante.

Cuida essa hipótese, pois, de um caso de união estável em que há filiação híbrida.

O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, onde se interpôs o recurso, em 2007, deu provimento ao mesmo, contendo, o acórdão, a determinação de que a companheira sobrevivente, além da meação com relação a tudo o que foi adquirido, onerosamente, na constância da união, teria, com relação à outra metade dos bens, participação sobre os mesmos, em concorrência com os filhos do finado.

A dúvida maior era se a concorrência, por ser a filiação híbrida, se enquadraria na hipótese do inciso I ou do inciso II do artigo 1.790 do Código Civil, se o companheiro supérstite receberia em igualdade de condições na concorrência com os filhos, ou se herdaria metade do que caberia a cada um daqueles, por se tratar de filiação híbrida, havendo um filho comum e outros três filhos exclusivos do finado.

Ao considerar mais justo enquadrar a apelante na segunda situação, por haver três filhos exclusivos do autor da herança e apenas um filho comum, foi dado provimento à apelação, vez que a suplicante recebeu, além de sua meação, participação na outra metade dos bens, em concorrência com os quatro filhos do falecido, recebendo, porém, na concorrência, metade do que coube a cada um daqueles, por se tratar de filiação mista, não tendo o artigo 1.790 pensado em uma terceira hipótese para o caso de haver filiação comum e exclusiva, simultaneamente.

Há de se ressaltar a posição, já exposta, no segundo capítulo, sobre a hipótese de filiação híbrida, na direção de que nessa situação, mais correto é, realmente, assegurar ao companheiro sobrevivente, além de sua meação, metade do que couber a cada um dos filhos, pois a lei dita que se o companheiro “concorrer com filhos só do autor da herança receberá metade do que couber a cada um daqueles”, e a redação não se deu no sentido de que a concorrência entre companheiro sobrevivente e filhos do autor da herança será desigual, “se só concorrer com filhos do autor da herança, recebendo metade do que couber a cada um daqueles”. Desse modo, havendo um único filho exclusivo do falecido, e outros comuns, há ensejo suficiente para que o companheiro recolha metade do que couber a cada um dos filhos, além de sua meação.

Trata-se de apelação cível interposta pela inventariante R. D. L. contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho nos autos de inventário, que determinou a realização da partilha de bens do de cujus M. R. A. conforme formal apresentado pelo contador judicial às fls. 101/102 dos autos.

A inventariante pugnou pela realização da partilha de acordo com o entendimento do Juízo, visto não ter obtido êxito em tentativa de acordo com os filhos exclusivos do inventariado. No entanto, em sua sentença, o Juiz a quo ao julgar a partilha, o fez sem que a apelante fosse contemplada na divisão da herança. Em sua apelação, às fls. 113/121, a inventariante requereu o benefício da gratuidade da justiça por não ter condições financeiras para arcar com o preparo recursal, o provimento do recurso para reformar a sentença a fim de que seja incluída no rol dos herdeiros do morto, bem como a reformulação do formal de partilha. (...) É incontroverso nos autos que a inventariante foi companheira do inventariado por dezesseis anos, restando caracterizada a união estável. Portanto, é aplicável o regime de comunhão parcial de bens, conforme artigo 1725 do CC. Os herdeiros do de cujus são, portanto, a companheira, um filho comum com esta e três filhos exclusivos seus.

Reza o artigo 1790 do Código Civil, em seus incisos I e II, o seguinte: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.

Então, a companheira, ao concorrer com filhos comuns terá direito ao quinhão

equivalente ao que for distribuído a eles. Se concorrer só com filhos do falecido, lhe caberá somente a metade do quinhão devido a eles. Como a legislação vigente não prevê a possibilidade da companheira concorrer simultaneamente com os filhos comuns e com os exclusivos do falecido, entendo como razoável a aplicação do inciso II do supracitado artigo, visto que dos quatro filhos do falecido, três são somente seus e apenas um é comum com a viúva, sendo maioria dos descendentes apenas do de cujus. Há que se considerar todos como filhos exclusivos do inventariado, pois não se pode preterir nenhum filho em favor do outro ou em favor da companheira.

Assim, além da meação que lhe é devida por direito, a companheira concorrerá com todos os filhos, cabendo para si a metade do que for distribuído a cada um dos quatro.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso e reformo a sentença apenas para incluir a apelante como herdeira no formal de partilha, cabendo-lhe, além da meação, a metade do quinhão que for atribuído a cada um dos quatro filhos do de cujus. (RONDÔNIA, TJ. Ap. 100.001.2005.002593-6. Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, 2007).

Na decisão a seguir comentada, proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo, de outubro de 2007, o companheiro sobrevivente reclama pela herança deixada por sua convivente finada, uma vez que a mesma não tinha ascendentes nem descendentes.

Embora tenha falecido na vigência do Código de 2002, o agravante alega que a Constituição Federal equiparou a união estável a um casamento regido pelo regime de comunhão parcial e que se fossem casados, não havendo ascendentes ou descendentes, o marido receberia toda a herança. Alega, ainda, que a lei 8.971/94 assegurava ao companheiro supérstite o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, quando não existiam ascendentes ou descendentes e que a lei especial deve prevalecer sobre a geral.

Inovando, ao não observar o artigo 1.790, III do Código Civil, mas em decisão extremamente justa, exclui o Tribunal de Justiça de São Paulo o acesso aos bens por outros parentes colaterais atribuindo-os, inteiramente, ao companheiro sobrevivente.

Se fosse simplesmente aplicada a regra do inciso III do artigo 1.790, seria atribuído ao companheiro sobrevivente 1/3 da herança composta dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união, e os outros 2/3 aos demais parentes colaterais. O companheiro também não teria direito aos bens adquiridos antes da união ou adquiridos de forma não onerosa na constância da relação, cabendo tais bens aos parentes colaterais ante à falta de ascendentes e descendentes.

EMENTA - ARROLAMENTO - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – FALECIMENTO DO COMPANHEIRO QUE NÃO DEIXOU DESCENDENTES OU ASCENDENTES – PRETENSÃO DE SE AFASTAR A CONCORRÊNCIA DOS COLATERAIS (ART. 1.790, III, CC) – APLICAÇÃO DA LEI 9.278/96, QUE NÃO REVOGOU O ARTIGO 2º DA LEI 8.791/94, QUE ASSEGUROU AO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE O MESMO *STATUS* HEREDITÁRIO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE – PREVALÊNCIA DA NORMA ESPECIAL SOBRE A GERAL.

Recurso provido.

J. S. interpôs o presente agravo de instrumento, contra a r. decisão proferida nos autos de arrolamento dos bens deixados pelo falecimento de Z. E., que, apesar de reconhecer a existência de união mantida entre eles, entendeu aplicável à espécie o artigo 1.790, III, do CC, que lhe assegura direito apenas sobre 1/3 da herança em concorrência com outros parentes sucessíveis (fl. 41). Sustenta que, a vista do tratamento paritário dado à união estável em relação ao casamento pela Constituição Federal, equiparando o companheiro sobrevivente ao cônjuge supérstite, na ordem de vocação hereditária este terá à totalidade da herança na falta de descendentes ou ascendentes, afastando-se a concorrência com os colaterais. Pugna assim pela forma do *decisum*, aplicando-se o disposto na Lei 9.278/96, que não revogou o artigo 2º da Lei 8.971/94, o qual lhe confere o direito à totalidade da herança (fls. 02/07).

(...) A Constituição Federal reconheceu a união estável como entidade familiar, conferindo-lhe proteção jurídica assegurada às famílias. Não faz distinção de dignidade entre as famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável.

Bem por isso há questionamento sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil.

Assim, acolhe-se a pretensão do agravante para reconhecer o seu direito de receber a totalidade da herança deixada pela companheira, que faleceu sem deixar descendentes ou ascendentes, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente.

Nesse sentido, já tem se pronunciado o E. Tribunal de Justiça (...). (SÃO PAULO, TJ. Ag. Inst. 522.361-4/8-00. Rel. Des. Paulo Alcides, 2007).

Nessa decisão a ser comentada, proferida no ano de 2007, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o irmão de um homem falecido, pede a reserva de 2/3 sobre a herança deixada pelo mesmo, para o caso de ser reconhecida a união estável alegada por suposta companheira do finado.

O juízo de primeira instância entendeu que não haveria necessidade de se fazer a reserva dos bens, pois os bens pertenceriam ao irmão, caso não fosse comprovada a união estável ou pertenceriam na sua integralidade à mulher, caso fosse provada a existência da relação.

Alegando a revogação das leis 8.971/94 e 9.278/96 pelo Código Civil atual, que estava em vigor no momento do óbito, requer o agravante que lhe seja reservada a quota de 2/3 sobre o quinhão e que, caso a mulher seja reconhecida como companheira, seja agraciada com apenas a mencionada parcela de 1/3 sobre o acervo.

O Tribunal de Justiça do Rio, ao contrário da decisão anteriormente mencionada, deu provimento ao recurso e posicionou-se no sentido de que o Código revogou as duas leis especiais sobre a união estável em matéria sucessória e que

se fosse comprovada a união estável, na ausência de ascendentes e descendentes, caberia ao irmão, 2/3 da herança e à companheira sobrevivente apenas 1/3 em relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união.

Note-se que a posição desse Tribunal mostra-se oposta à apontada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em relação à decisão anteriormente apresentada, referente ao mesmo tema.

EMENTA - INVENTÁRIO. DIREITO DE HERANÇA. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA INSTALADA SOBRE O MONTE ENTRE SUPOSTA COMPANHEIRA DO DE CUJUS E OS IRMÃOS DESTES. UNIÃO ESTÁVEL QUE SE DISCUTE NAS VIAS ORDINÁRIAS. SUCESSÃO INSTAURADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, TENDO OCORRIDO O ÓBITO DO AUTOR DA HERANÇA EM 2005. ARTIGO 1.187 DO CÓDIGO CIVIL. RESERVA DE QUINHÃO PRETENDIDA PELO AGRAVANTE. ARTIGO 1.790, IV, DO CÓDIGO CIVIL. REVOGAÇÃO DA LEI 8.971/94.

Com o advento da Lei 10.406/2002, que instituiu o vigente Código Civil e passou a vigorar em 11.01.2003, a companheira ou o companheiro falecido que concorrer com parentes sucessíveis deste, não se tratando de ascendentes e nem de descendentes, terá direito a 1/3 da herança, nos termos do artigo 1790, IV, do Código Civil, e ainda assim apenas no que se refere aos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável;

A agravada, desde que reconhecido, a fortiori, o alegado vínculo, concorrerá com irmãos do de cujus, que constam da ordem de vocação hereditária estabelecido pelo artigo 1.829, IV do mesmo Digesto;

Nos termos do artigo 1790, IV do Código Civil, que revogou o disposto no artigo 2º da Lei 8.971/94, o companheiro somente terá direito à totalidade da herança se inexistirem parentes sucessíveis;

Abertura da sucessão ocorrida em 2005, que está subordinada à regência da lei vigente nos termos do artigo 1.787 do Código Civil;

Reserva de quinhão que se impõe para resguardar 1/3 do monte, diante da inexistência de parente sucessível, sendo desnecessária a suspensão do processo, provimento de agravo para esse fim.

(...) Tenho que tais dispositivos revogaram, de modo absoluto, a regência da matéria tal como se achava cuidada pela lei 8.971/94.

Me parece incorreto, diante das inovações legais, admitir que a herança será atribuída ao agravante ou a agravada, a um deles apenas, dependendo do julgamento da questão incidental.

A meu sentir, não há o risco de um dos habilitandos ser excluído da herança. Existe a possibilidade de instalar-se uma concorrência entre ambos, nas proporções e sob as condições estabelecidas pelo **Digesto** em vigor, se reconhecida a união estável e desde que existam bens onerosamente adquiridos dentro de sua vigência.

(...) Vejo a revogação da Lei 8.971/94 com muita nitidez.

Não é juridicamente correto, do ponto de vista da hermenêutica, agregar os tratamentos dispensados entre as duas legislações, como se uma fosse acessória da outra. Ao conquistar direitos sucessórios que não estavam previstos na legislação anterior, o convivente, por via de consequência, perdeu aqueles insculpidos na lei revogada.

Descabido seria fazer um agrupamento dos direitos, cumulando-os entre si.

Não há dúvida que houve revogação do texto da legislação extravagante diante daquele trazido pela lei nova.

Nessa esteira, cabe invocar o artigo 2º, §1º, da LICC:

§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

A incompatibilidade entre os dispositivos é ostensiva e evidente, o que me faz considerar o efeito revogatório.

Assim, com essas considerações tenho que compete ao Juiz **a quo**, diante das limitações estabelecidas sobre o direito sucessório da agravada, reservar quinhão correspondente a 1/3 do monte, devendo prosseguir a tramitação regular do inventário, partilhando-se o que sobejar. (RIO DE JANEIRO, TJ. Ag. Inst. 03211/2007. Des. Rel. Ismenio Pereira de Castro, 2007).

As duas decisões a seguir destacadas possuem focos comuns: a sucessão do cônjuge viúvo, independente do regime de bens, ainda que o regime seja o da separação voluntária ou obrigatória de bens, ante à ausência de ascendentes e descendentes.

A primeira foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, extraída em 2007, em apelação contra decisão prolatada em ação de petição de herança, proposta por parentes que almejavam o recebimento da herança contra a viúva de um homem, sob o argumento de que eram casados pelo regime de separação obrigatória de bens.

O Tribunal negou provimento ao recurso, enfatizando que o Código de 2002 colocou o cônjuge sobrevivente na condição, inclusive, de herdeiro necessário, independentemente do regime de bens, devendo o mesmo receber toda a herança na falta de ascendentes ou descendentes do *de cujus*.

EMENTA - SUCESSÕES. PETIÇÃO DE HERANÇA. PARENTES COLATERAIS QUE SE INSURGEM CONTRA A SUCESSÃO DA ESPOSA, COM FUNDAMENTO NO REGIME DE BENS DO CASAMENTO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA QUE ATRIBUI AO CÔNJUGE A SUCESSÃO, NA INEXISTÊNCIA DE DESCENDENTES OU ASCENDENTES, INDEPENDENTE DO REGIME DE BENS ADOTADO.

(...) Sem subsistência a pretensão recursal.

À toda evidência, na falta de descendentes ou ascendentes do falecido, é chamada à sucessão o cônjuge, que prefere aos parentes colaterais.

A ordem de vocação hereditária vem expressamente determinada na Lei, não deixando espaço para interpretação diversa, assim dispondo o artigo 1.603 do Código Civil de 1916²⁷:

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.

Incontroverso, desta forma, que o cônjuge supérstite sucede antes dos colaterais, na inexistência de descendentes ou ascendentes.

Ainda que se entendesse por aplicável ao caso a nova Lei Civil, melhor sorte não socorreria aos recorrentes, visto que, nos termos do artigo 1.829, III, o cônjuge permanece como única herdeira, na falta dos sucessores que a precedem.

²⁷ Legislação aplicável à espécie, visto que o autor da herança faleceu em 21 de julho de 2002, ou seja, sob a vigência deste Código.

(...) Além disso, a nova Lei Civil passou a incluir o cônjuge como herdeiro *necessário*, nos termos do artigo 1.845.

Oportuno também ressaltar que o Código Civil anterior, aplicável à espécie, deferia a sucessão ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens, salvo na hipótese expressamente prevista no artigo 1.611, o que não ocorre no caso em exame.

Assim, afigura-se descabida a pretensão dos recorrentes de afastar os direitos sucessórios da recorrida, quando se tem presente disposição legal expressa conferindo-lhe o direito à herança, e quando incontroverso nos autos que o falecimento do autor da herança se deu na constância do casamento.

Portanto, sendo a recorrida a única herdeira necessária do falecido, por decorrência da ordem de vocação hereditária prevista na Lei, independentemente do regime de bens, e não havendo nenhuma restrição que gere óbice ao deferimento da herança em seu favor, o corolário é o desprovemento do recurso interposto.

Do exposto, nego provimento ao recurso. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Ap. 70019193853, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, 2007).

Na mesma linha de raciocínio o Tribunal de Justiça de Minas, em 2006, indeferiu o pedido de parentes colaterais que almejavam excluir o viúvo da herança de sua falecida esposa, em decorrência de terem sido casados pelo regime de separação obrigatória de bens.

Abaixo estão transcritas partes do voto proferido, este obediente à determinação da lei de que, independentemente do regime adotado, não havendo ascendentes ou descendentes o viúvo recolhe inteiramente a herança, ainda que casado pelo regime de separação de bens ou por qualquer outro regime que seja.

Interessante frisar, apesar de já exposto no segundo capítulo deste texto, que aí reside, inclusive, uma das maiores diferenciações sucessórias entre o casamento e a união estável. Se tratasse de uma hipótese de união estável, de conformidade com o artigo 1.790 do CCB, a letra fria da lei asseguraria ao companheiro sobrevivente, ante à ausência de ascendentes e descendentes, 1/3 da herança e outros 2/3 aos parentes colaterais, devendo, por isso, serem sustentadas duas possibilidades para amenizar a injustiça do texto legal: ou aplicar à união estável o mesmo tratamento dado aos casais casados pelo regime de comunhão parcial de bens ou aplicar, com relação aos bens que não foram adquiridos onerosamente na constância da união, as disposições da lei 8.971 de 94 e 9.278 de 96 que prevalecem em tudo aquilo que não contrariarem ao Código.

O artigo 1.790 comporta a interpretação de que apenas regula a sucessão de tais bens, deixando sem tratamento os bens adquiridos de forma não onerosa, antes ou durante a união, sendo possível, por isso, a aplicação da legislação especial.

EMENTA - DIREITO DAS SUCESSÕES. ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. RECURSO NÃO PROVIDO. O CÔNJUGE SUPÉRSTITE

É CHAMADO A RECOLHER A TOTALIDADE DA HERANÇA, INDEPENDENTEMENTE DO REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO, À FALTA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES, POR FORÇA DOS ARTS. 1.829 C/C 1.838 DO CÓDIGO CIVIL.

(...) O corolário dos dispositivos citados é que o cônjuge supérstite é chamado a recolher a totalidade da herança, independentemente do regime de bens adotado no casamento, à falta de descendentes e ascendentes.

Logo, há que ser afastada qualquer discussão envolvendo o regime de bens na ordem sucessória correspondente ao cônjuge, haja vista que a lei nada dispôs a respeito. Como se sabe, onde a lei não distingue, é vedado ao intérprete fazê-lo.

(...) Colaterais ajuizaram ação, visando excluir da vocação hereditária o cônjuge sobrevivente, alegando ter sido regime de casamento de separação total. Quando estava vigente o Código Civil de 1916, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação Cível nº 203.071-1, deu ganho de causa à mulher, viúva sobrevivente, afirmando que não cabe interpretação extensiva do art. 1.611 e o cônjuge sobrevivente, na ausência de ascendentes e descendentes, com base no inciso III do art. 1.603, é convocado para recolher o monte hereditário.

No Código atual o art. 1.838 não faz qualquer distinção de regime de bens mas, tão somente, subordina o recolhimento da herança pelo cônjuge supérstite à convivência dos dois, na época do óbito, sob o mesmo teto.

Também destituído de qualquer respaldo jurídico é o argumento de que a preferência do cônjuge supérstite, casado no regime da separação obrigatória, aos colaterais constituiria afronta ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Isso porque, enquanto ainda não havia ocorrido o óbito, não se poderia falar em herança e, conseqüentemente, em legitimação para suceder.

Diante de tais considerações, observando-se o princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira), e no princípio do livre convencimento motivado (art. 131, do Código de Processo Civil), além da legislação invocada no corpo deste voto, NEGA-SE provimento ao apelo. (MINAS GERAIS, TJ. Ap. 1034905008351-9, Rel. Des. Maria Elza, 2006).

A decisão a seguir em comento é datada do ano de 2007, e se refere a um caso de agravo de instrumento interposto pela viúva, em desfavor das duas filhas do finado.

O casal era casado pelo regime de comunhão parcial de bens e a sociedade conjugal foi dissolvida em decorrência da morte do varão.

O Juiz de primeira instância da Comarca de Campinas, onde o processo de inventário foi proposto, determinou que a divisão de patrimônio entre descendentes do falecido e viúva deveria se dar apenas com relação aos bens particulares deixados. Sobre os bens adquiridos, onerosamente, durante a união, a esposa faria jus tão somente à meação.

Dessa forma, a esposa, inconformada, recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo a fim de pleitear sua participação na condição de herdeira com relação a todo o acervo hereditário e não apenas sobre os bens particulares, almejando concorrer com os descendentes do morto sobre os bens particulares e sobre o patrimônio correspondente à meação deixada pelo mesmo.

O Tribunal votou na direção da comunicabilidade restrita aos bens particulares, recaindo seus direitos sobre os bens adquiridos durante a convivência conjugal apenas no tocante à meação. A outra metade dos bens adquiridos durante a união e os bens particulares caberiam inteiramente às descendentes do finado.

EMENTA - AGRAVO – INVENTÁRIO – DECISÃO NO SENTIDO DE QUE A AGRAVANTE SOMENTE DEVERÁ CONCORRER COM AS DESCENDENTES EM RELAÇÃO AOS BENS PARTICULARES DO FALECIDO, EXCLUINDO-A DA PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO, ANTE A ADOÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, QUANDO DA REALIZAÇÃO DO MATRIMÔNIO – INCONFORMISMO – PRETENSÃO DE CONCORRER COM AS DESCENDENTES DO FALECIDO EM TODO O ACERVO HEREDITÁRIO – DECISÃO MANTIDA – O CÔNJUGE SOBREVIVENTE CONCORRE COM OS DESCENDENTES NOS BENS PARTICULARES, NÃO COMUNS – NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO.’

ACORDAM, em Nona Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto por **R.E.G.C.** contra a decisão prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Campinas, nos autos do inventário dos bens de R. F. C., de nº 934/05 (fl. 96/99).

Inconformada, recorreu Rosana Elisa, sob a alegação de que a r. decisão recorrida ‘entendeu que a agravante somente deve concorrer com as descendentes em relação aos bens particulares do falecido, excluindo-a da partilha dos bens adquiridos na constância do casamento, ante a adoção do regime da comunhão parcial de bens, quando da realização do matrimônio.’ Sustentou que: ‘Em suma: herança e meação não se confundem. Excluída a meação, tudo o que sobra compõe o acervo hereditário. É esse também o entendimento de Maria Helena Diniz e de Silvio de Salvo Venosa, que sustentam que o cônjuge, ao contrário do companheiro tem direito ao quinhão sobre todo o acervo hereditário, que inclui tanto os bens comuns como os particulares, independentemente do regime do casamento’. Postulou a reforma da r. decisão, reconhecendo-se o direito da agravante de concorrer com as descendentes do falecido em todo o acervo hereditário do ‘de cujus’.

(...) O recurso não comporta provimento.

A r. decisão recorrida bem analisou a questão e deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

O MM. Juiz deixou consignado que: ‘Herança não se confunde com meação. Por força do disposto no artigo 1.845 do Código Civil, o cônjuge, em conjunto com os descendentes do falecido, foi guindado à posição de herdeiro necessário. Aos herdeiros necessários cabe, por direito à metade dos bens de herança, isto é, a legítima, conforme preconiza o artigo 1.846 do Código Civil. Conforme estipula o artigo 1.829, inciso I do Código Civil, o cônjuge sobrevivente não concorrer com os descendentes se, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens (como no caso), o autor da herança não houver deixado bens particulares. Logo, o cônjuge sobrevivente só é herdeiro quando existem bens particulares. Havendo acervo patrimonial adquirido durante a constância do matrimônio celebrado pelo regime da comunhão parcial de bens, sobre esse patrimônio tem direito o cônjuge sobrevivente apenas à sua meação, nada mais. Sobre os bens particulares do falecido, havidos antes do casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, não tem o cônjuge sobrevivente direito à meação, mas, tem, sim, por outro lado, direito de concorrer como herdeiro necessário com os demais herdeiros descendentes. Portanto, somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação, como o é a hipótese dos autos, nos bens particulares, visto como, nos bens comuns adquiridos na constância do casamento, perante o regime da comunhão parcial de bens, já está suficiente e devidamente amparado pela sua meação. Portanto, nos bens adquiridos antes do casamento (item IV, itens 1 a 9 de fls. 44/45), a viúva inventariante concorrer com as duas filhas descendentes, uma comum e outra apenas do falecido (indicadas

no item III de fls. 44), dividindo-se a herança quanto a esses bens particulares do *de cuius* em partes iguais entre a viúva e as herdeiras descendentes, recebendo por cabeça, nos termos do artigo 1.835 do Código Civil.

(...) *'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 que concorrer.'* A exceção, portanto, é expressa: apenas na hipótese de o cônjuge sobrevivente ser ascendente do herdeiro com que concorrer, é que terá direito à garantia a sua cota mínima de um quarto (1/4) de herança.

(...) Recorde-se que a meação não é direito hereditário, mas próprio do cônjuge, preexistente à abertura da sucessão, que decorre não da morte do *de cuius*, mas da comunhão resultante do regime de bens do casamento, matéria do Direito de Família. Protegido o cônjuge pela meação, a outra metade é que compõe a herança, deferida, nesse caso, aos descendentes sem concorrência do cônjuge. A segunda exceção do inc. I, explicando o critério que orientou o legislador, é a de não concorrer com os descendentes do cônjuge casado pela comunhão parcial se não há bens particulares do *de cuius*. Se não há bens particulares, todos são comuns e, portanto, o cônjuge tem meação em face de todas elas. Como está protegido pela meação em todos os bens, o cônjuge não necessita ser duplamente beneficiado, com a meação e herança. Dessas duas exceções, extrai-se a regra que inspirou o legislador: o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes nos bens particulares, não nos comuns. Em outras palavras, herda quando não tem meação. Seria de grande conveniência a alteração deste artigo, fixando-se essa regra com clareza e simplicidade, o que evitaria graves dissensos interpretativos. (SÃO PAULO, T.J. Ag. Inst. 479.172-4/8-00, Rel. Des. Viviani Nicolau, 2007).

A decisão a seguir, datada de novembro de 2006, é proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em apelação bastante curiosa, em que dois enteados de finada madrasta, pleiteiam, com base na indissolubilidade do parentesco por afinidade, em linha reta, o direito à herança do bem deixado pela mesma, uma caderneta de poupança.

Ao negar o banco a entregar os valores depositados em caderneta de poupança aos enteados, tendo o Juiz singular considerado também impróprio o pedido, haja vista que o parentesco por afinidade não gera efeitos sucessórios, os dois enteados da finada propuseram apelação, alegando o vínculo de afetividade que os unia à madrasta e que a mesma não deixou irmãos, ascendentes ou descendentes.

O Tribunal, todavia, negou o acesso dos enteados ao patrimônio deixado pela madrasta, sob a alegação de que o parentesco por afinidade não gera direitos sucessórios.

De fato, vale ressaltar, o parentesco por afinidade não gera direitos sucessórios e tal óbice se assenta em razões de fácil entendimento. Entre outros aspectos, muitos homens e mulheres se esquivariam de relacionamentos estáveis com parceiros que já tivessem filhos, provenientes de relações anteriores, caso o parentesco por afinidade gerasse direitos sucessórios e direito aos alimentos.

Além disso, como ficaria a situação de haver enteados e filhos do casal, simultaneamente? Haveria de ser dividido o patrimônio entre os filhos de um homem falecido, por exemplo, com seus enteados?

Mais acertado é entender que o parentesco por afinidade não deve gerar efeitos sucessórios. Em uma primeira análise, parece, por isso, mais certa a decisão do Tribunal ao negar a concessão de direitos sucessórios em casos de parentesco por afinidade.

Ocorre, porém, que, nesse caso específico, como não havia herdeiros de nenhuma classe, seria melhor que a quantia tivesse sido entregue aos enteados. Há se de sustentar a posição de que parentesco por afinidade não gera direitos sucessórios, contudo, nessa situação específica, a autora da herança havia transmitido seus bens imóveis, em vida, aos enteados, guardando tão somente a ela o usufruto.

Nessa hipótese em análise, então, como não havia outros herdeiros, nem ao menos colaterais, seria melhor que a quantia depositada fosse destinada aos enteados e não ao Estado.

Caso existisse um único herdeiro, entretanto, ainda que colateral, um primo que fosse, o montante deveria ser por este herdado.

No caso em comento, vale lembrar que se a madrasta quisesse auxiliar seus enteados poderia ter se valido, também, de um testamento legando a eles todo o seu patrimônio, uma vez que não tinha herdeiros necessários.

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. ARROLAMENTO. LEVANTAMENTO DE QUANTIA EM DINHEIRO DEPOSITADA EM CONTA-CORRENTE DE TITULARIDADE DA DE CUJUS. PARENTESCO POR AFINIDADE. ILEGITIMIDADE DOS ENTEADOS. ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. SENTENÇA MANTIDA.

O parentesco por afinidade, ainda que não se desfaça com a morte de um dos afins, não os enquadra dentre os herdeiros convocados à sucessão, conforme disciplinam os arts. 1.784 e 1.829 do Código Civil.

APELAÇÃO DESPROVIDA.

Trata-se de apelação interposta por Aloísio e Jairo da sentença que, apreciando ação de arrolamento dos bens deixados por morte de Esther, julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa dos apelantes para a causa, visto que, na condição de enteados da falecida, não ostentam a qualidade de herdeiros.

Alegam os apelantes, em suas razões recursais, que a demanda versa sobre o levantamento de valores contidos em conta no Banrisul em nome da falecida, já que a mesma não tinha bens imóveis. Aduzem que o art. 1.595, § 1º, do Novo Código Civil, reconhece a existência de parentesco por afinidade. Informam que, por serem enteados da inventariada, são considerados parentes por afinidade, sendo a eles alcançado responsabilidade e limitações devido ao vínculo. Sustentam que não entendem por que não lhes é concedido o direito de levantar a quantia depositada no banco deixado pela madrasta, já que a mesma não teve filhos, não tem irmão e seus pais já faleceram. Requerem seja dado provimento ao apelo, visando o deferimento

de alvará para levantamento do valor depositado na conta do Banrisul em nome da inventariada (fls. 27/29).

(...) Ora, nada obstante os apelantes terem convivido com a de cujus que, certamente, mantinha relação de afeto com ambos – tanto que da inicial se extrai que *os bens deixados pelo falecimento da autora da herança já estavam legalizados em nome dos enteados, e com o seu falecimento apenas foi extinto o usufruto que ela tinha* (fl. 03) –, não são herdeiros legítimos ou testamentários de Esther, não se enquadrando nas hipóteses da vocação hereditária.

Assim, não têm legitimidade para postular o levantamento de valores pertencentes à falecida Esther e que se encontram depositados em conta-corrente de titularidade deste junto ao Banrisul.

3 - Diante do exposto, com fundamento no art. 557, caput, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98, nego provimento ao recurso. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Ap. 70017216136, Rel. Des. José S. Trindade, 2006).

A próxima situação a ser analisada tramitou pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e cuida de um caso de agravo proposto pelos herdeiros de uma senhora, em face do viúvo da mesma.

Articulam os agravantes que as partes estavam separadas de fato, há mais de 02 anos, quando do óbito da inventariada, devendo, por isso, o marido ser excluído da sucessão. Respondeu o marido, inclusive, que o casal tinha proposto pedido de separação judicial, mas que poderiam voltar a viver juntos, restaurando a sociedade conjugal, que a separação não completou dois anos, e que a separação judicial não rompe o vínculo conjugal.

Como o agravado não conseguiu provar que a separação de fato tinha se dado há pouco tempo, o Tribunal decidiu prover o recurso e retirar o agravado do rol de herdeiros da falecida.

É certo que o artigo 1.830, inclusive, já destacado nesse trabalho, no capítulo segundo, prevê que a sucessão não se dará entre cônjuges se o casamento tiver sido rompido por separação de fato não superior a dois anos, salvo se o rompimento da união não tiver se dado por culpa do sobrevivente.

Há de se lembrar que esta questão da culpa, provavelmente, no futuro, será dispensada da apreciação pelos tribunais de nosso país, pois, caso mantida, pode criar situações sem solução. O que ocorreria se um homem, separado de fato há 14 anos, por culpa sua, se unisse a uma outra mulher e com ela mantivesse união estável? Teríamos duas herdeiras? A esposa sobrevivente separada de fato há mais de dois anos, sem ter culpa e a companheira dos últimos 14 anos? Seria uma situação esdrúxula.

Na decisão ora em foco, do ano de 2006, o Tribunal argumenta, também, que o viúvo não apresentou provas da ausência de culpa na separação de fato, na discussão com relação à culpa.

Certamente, como tendência que corre em todos os institutos de direito de família, essa questão com relação à culpa, nesse caso, para assegurar ou não direitos sucessórios perderá sua força ao longo do tempo e abrir-se-á espaço para a discussão apenas com relação ao lapso temporal.

No caso em pauta, contudo, resta provada a separação de fato do casal, que já havia, inclusive, proposto separação judicial litigiosa.

Desse modo, não devem, realmente, ser concedidos benefícios sucessórios ao cônjuge supérstite, e ante ao argumento de que a separação judicial não rompe o vínculo conjugal é preciso esclarecer que a separação de fato e a separação judicial rompem direitos sucessórios, colocando fim, a segunda, também à sociedade conjugal.

EMENTA - ARROLAMENTO. ORDEM SUCESSÓRIA. CONCORRÊNCIA ASCENDENTE E CÔNJUGE SOBREVIVENTE. INTELIGÊNCIA ART. 1.830 DO CÓDIGO CIVIL. A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE NA SUCESSÃO LEGÍTIMA, JUNTAMENTE COM OS ASCENDENTES, SUBORDINA-SE À CONDIÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE SEPARAÇÃO JUDICIAL OU DE FATO HÁ MAIS DE 2 (DOIS) ANOS, SEM CULPA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE.

(...) Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por M. C. C. contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Boa Esperança que, nos autos de ação de arrolamento dos bens deixados por M. C. D., reconheceu ao cônjuge meeiro também a condição de herdeiro.

Em razões recursais às fls. 02/08-TJ, a parte agravante sustenta, em síntese, não ter o agravado direito à herança, porquanto a separação do casal ocorreu há mais de 2 (dois) anos. Afirmar, ainda, a necessidade de aplicação dos dispositivos contidos no novo Código Civil pelo fato de o óbito da arrolada ter ocorrido em 27/09/2003. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso. O recurso foi conhecido pela decisão de fls. 38/40-TJ, sendo concedido o efeito suspensivo pleiteado.

O agravado apresenta contraminuta às fls. 45/48, alegando, em síntese, não poder se falar em separação do casal, pois ao tempo da morte simplesmente havia sido ajuizada ação de separação litigiosa. Aduz que não houve a alegada dissolução da sociedade conjugal entre os cônjuges, uma vez que o casal a qualquer tempo poderia reabilitar-se e viver em comum. Por fim, requer o improvimento do recurso com a manutenção do decisório hostilizado.

É o relatório. Passa-se a decidir.

(...) Como se pode ver, o reconhecimento sucessório ao cônjuge sobrevivente cinge-se, portanto, à comprovação de que, ao tempo em que o outro faleceu, não estava o casal separado de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova de inocência do supérstite.

No presente caso, a uma análise detida dos autos, verifica-se que restou incontroversa a alegação de que o casal já se encontrava separado de fato há mais de 2 (dois) anos quando ocorreu o óbito da arrolada, não sendo possível, via de consequência, o reconhecimento de direitos sucessórios ao agravado. Ao que se verifica da fundamentação constante na contraminuta de f. 45, o agravado não apresentou qualquer argumento capaz de refutar a alegação de que o casal já se

encontrava separado há mais de 7 (sete) anos quando ocorreu o óbito da arrolada. Ao revés, restringiu-se a argumentar que, ao tempo da morte, simplesmente havia sido ajuizada ação de separação litigiosa e que não houve a alegada dissolução da sociedade conjugal entre os cônjuges, uma vez que o casal a qualquer tempo poderia reabilitar-se e viver em comum.

Certo é que tais alegações não têm o condão de socorrer o agravado e tampouco demonstrar a inoccorrência de separação de fato, pois, como já dito, para o reconhecimento do direito sucessório ao cônjuge sobrevivente juntamente com os ascendentes, não pode aquele se encontrar separado de fato há mais de 2 (dois) anos e não apresentar qualquer prova de ausência de culpa. (...) Diante do exposto, observando-se o princípio da obrigatoriedade da fundamentação dos atos jurisdicionais (art. 93, inciso IX, da Constituição Brasileira) e o princípio do livre convencimento motivado (art. 131, do Código de Processo Civil), além da legislação invocada no corpo deste voto, DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso para excluir o agravado, cônjuge sobrevivente, do rol de herdeiros. (MINAS GERAIS, TJ. Ag. Inst. 1.0071.03.012640-4/001(1), Rel. Des. Maria Elza, 2006).

A decisão a ser estudada, de 2007, se refere a um caso de união estável em que a companheira sobrevivente, inconformada com a decisão do Juiz monocrático, pleiteia herdar do falecido companheiro, além dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, parte de bens que o companheiro herdou de sua falecida mãe, ou seja, bens havidos, por herança, pelo companheiro.

A agravante alegou que era vontade do finado, inclusive, que ela ficasse com o acervo, pois um dia antes do óbito passou a ela procuração para transferir para si o domínio de tais bens.

Ocorre, todavia, que não foi realizado nenhum testamento beneficiando a companheira e o Tribunal entendeu que a mesma só deveria herdar com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união.

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO. COMPANHEIRA.

REGIDA A SUCESSÃO PELO ATUAL CÓDIGO CIVIL DE 2002, NÃO HÁ FALAR EM DIREITO DA COMPANHEIRA A QUINHÃO NO IMÓVEL QUE DECORRE DE HERANÇA DO FALECIDO. CONFORME DISPOSTO NOS ARTIGOS 1.787 E 1.790 DO CC, A AGRAVANTE FAZ JUS TÃO-SÓ AOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. PRECEDENTES.

Trata-se de agravo de instrumento interposto, por GELSI, inventariante dos bens deixados por HOMERO, porquanto inconformada com a decisão que, exarada nos autos da ação de inventário sob o rito do arrolamento sumário, entendeu não fazer jus a quinhão no imóvel vendido, pois o bem foi adquirido por herança do falecido, recaindo a sua participação apenas nos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (fls. 104/106).

Em suas razões recursais, alega a recorrente que tem direito de receber os bens adquiridos pelo inventariado de herança da sua mãe, haja vista que os mesmos não foram adquiridos onerosamente na constância da união estável. Aduz que tais bens foram adquiridos na vigência do CC/1916, sendo, portanto, inaplicável na espécie o art. 1.790 do CC/2002, vez que o óbito da genitora do falecido ocorreu anteriormente à vigência deste estatuto. Salienta que, um dia antes de falecer, o inventariado de fato lhe doou seus bens, conforme se vê da escritura pública de procuração de fl. 29, o que demonstra que sua real intenção era transferir os bens herdados da mãe à sua

companheira de longos anos (1988 – 2006). Requer seja dado provimento ao agravo, visando o reconhecimento do seu direito em receber os bens adquiridos pelo falecido como herança de sua genitora (fls. 02/06).

(...) Com efeito, independentemente das razões que levaram o legislador a estabelecer tratamento diferenciado entre a companheira e o cônjuge, o certo é que haverá de aplicar-se a legislação em vigor.

Na espécie, o bem alienado foi havido pelo de cujus por força de herança materna, a título gratuito, não constituindo imóvel capaz de ingressar na meação da apelante, nem representando quota hereditária em seu favor, na medida em que o art. 1.790 do Código Civil expressamente atribuiu à companheira participação da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas hipóteses disciplinadas.

(...) Diante do exposto, forte no art. 557, caput, do CPC, nega-se seguimento ao recurso, porquanto manifestamente improcedente. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Ag. Inst. 700117785247, Rel. Des. José S. Trindade, 2007).

O caso a seguir se refere a uma situação de união estável, tendo ocorrido o óbito na vigência do Código atual, no qual a companheira pleiteia a meação de todo o patrimônio adquirido onerosamente na constância da união, em concorrência com os filhos do falecido, além de usufruto sobre os bens deixados, nos termos do artigo 2º, II, da lei 8.971/94.

Como não foi comprovado que os bens tivessem sido adquiridos em outra época, que não na constância da união, o Tribunal, em 2005, concedeu à sobrevivente o direito à meação, mais a participação na herança quanto aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união.

Essa concessão da concorrência foi dada com base nos próprios termos do artigo 1.790 do Código Civil atual, não sendo necessário invocar a lei de 1994 para tal.

Com relação ao direito de usufruto, o pedido foi negado, mesmo porque, melhor teria sido que fosse postulado o direito real de habitação com relação ao imóvel de residência do casal, com base nos termos da lei 9.278/96, e condizente com o direito estendido também às pessoas casadas pelo código atual, vez que, hodiernamente, o direito de usufruto, não se concede nem aos casos de casamento, seja por qualquer tipo de regime, devendo o direito real de habitação ser assegurado ao casal também nas hipóteses de união estável.

EMENTA - SUCESSÃO. COMPANHEIRA SUPÉRSTITE. HERANÇA. FILHOS. ALÉM DA MEAÇÃO DOS BENS ONEROSAMENTE ADQUIRIDOS NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL, A COMPANHEIRA TAMBÉM CONCORRE NA CONDIÇÃO DE HERDEIRA DO FALECIDO COMPANHEIRO NOS TERMOS DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL.

A apelante postulou o reconhecimento da união estável havida com o falecido, bem assim o deferimento à meação e reconhecimento como

herdeira do falecido companheiro.

A sentença atacada reconheceu a existência da união estável e assegurou à apelante a meação dos bens. No entanto, ao conferir tal direito, agiu fundamentada no art. 1.790, inc. II, do Código Civil, que diz respeito à sucessão. A questão comportou embargos, pois é visivelmente contraditória, visto que o direito à sucessão é diverso da meação. Rejeitados, de plano, os embargos de declaração, o assunto volta à tona neste apelo. Por isso, enfrento-o, e dou provimento ao recurso. É que a apelante, sendo reconhecida como companheira do falecido A. R. S. N., como se vê da sentença citada, tem direito à meação dos bens relacionados na inicial, mesmo porque não há prova contrária de que não tenha sido adquirido na constância da sociedade conjugal de fato. E, sendo companheira supérstite, faz jus a também participar da sucessão de seu falecido companheiro, nos exatos termos do art. 1.790 do Código Civil, porquanto, com o advento da nova norma jurídica, a companheira participa da sucessão do outro, em concorrência aos filhos, comuns ou não.

Muito embora esse assunto deva ser tratado no inventário a ser aberto, se é que já não foi, haveria de ser objeto de análise pela sentença recorrida, porque foi objeto do pedido inicial.

Assim, considerando que a decisão de 1º grau reconheceu a existência da união estável, asseguro à apelante o direito à meação dos bens adquiridos onerosamente na vigência dela, e reconheço sua condição de herdeira do falecido companheiro nos termos do art. 1.790 do Código Civil. Dou parcial provimento ao recurso. (RONDÔNIA, T.J. Ap. 1.00 013 2003 003385-6, Rel. Des. Raduan Miguel Filho, 2005).

No caso agora em análise, os agravantes postularam ante ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a exclusão da viúva da herança do falecido, pai dos recorrentes, tendo em vista que eram casados pelo regime de comunhão parcial e os bens deixados pelo finado foram adquiridos durante a constância da união.

Desse modo, nessa decisão de 2005, os descendentes do *de cujus* conseguiram, com sucesso, afastar a viúva da condição de herdeira garantindo a ela tão somente a condição de meeira, uma vez que no regime de comunhão parcial, não havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente recolhe apenas sua meação e a herança pertence inteiramente aos pais, segundo afirmação dos apelantes.

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO LEGÍTIMA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. INC. I DO ART. 1.829 DO CCB. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. CONCORRÊNCIA. O CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADO PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS DETÉM O DIREITO DE MEACÃO E HERANÇA, NA FORMA DO ART. 1.829 DO CCB, NA HIPÓTESE DE O AUTOR DA HERANÇA DEIXAR BENS PARTICULARES. TODAVIA, NO CASO, INEXISTINDO BENS PARTICULARES, CONFORME RECONHECE A PRÓPRIA VIÚVA-MEEIRA, DEVE O JUÍZO, DESDE LOGO, PORQUE QUESTÃO DE DIREITO, EXCLUÍ-LA DA CLASSIFICAÇÃO DE HERDEIRA, MANTIDA, APENAS, A SUA CONDIÇÃO DE MEEIRA.

Por irreparável, adoto o relatório da lavra da eminente Dra. Procuradora de Justiça, constante das fls. 38 e verso dos autos, o qual abaixo transcrevo, naquilo que interessa:

“Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por S.S.N. e G.S.N. representadas por M. A. O. S., inconformadas com a decisão de fls. 26/27, prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Santo Ângelo que, nos autos de ação de inventário dos bens deixados por G. N., não acolheu os embargos declaratórios opostos à decisão que remeteu o exame do pedido de exclusão de

herdeira às vias ordinárias. Alegam as agravantes que, conforme a previsão do artigo 1.829 do código Civil, o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre na sucessão com os descendentes, se o extinto não houver deixado bens particulares. Referem que o falecido era casado com R. N. pelo regime da comunhão parcial e que construiu todo o seu patrimônio após o liame conjugal, tendo este fato sido admitido pela viúva. Aduzem que em razão de os bens terem sido adquiridos durante a constância do matrimônio, deve a esposa do falecido ser afastada do rol de herdeiros. Sustenta que a questão não depende de prova, motivo pelo qual afirma que deve o pleito ser examinado nos autos do inventário. Requerem seja liminarmente determinada a exclusão de R. N. do rol de herdeiros, instando que, por ocasião do julgamento colegiado, seja provida em definitivo a pretensão recursal. Pugnam, outrossim, pela concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. O recurso foi recebido no efeito meramente devolutivo (fl. 35). A parte agravada, embora intimada, ofereceu resposta ao recurso, pugnando pelo desprovimento”.

(...) Assim, a classificação de R. é apenas de meeira, não dispondo da condição de herdeira, incidindo as consequências daí decorrentes.

(...) Do exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer em R. apenas a condição de meeira no inventário de G. N., e não de herdeira. (RIO GRANDE DO SUL, TJ. Ag. Inst. 70013227533, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, 2005).

A próxima hipótese em estudo, proferida em 2007, cuida de um agravo proposto pela filha de um homem que faleceu, e que integrava união estável. O recurso foi proposto contra a companheira sobrevivente.

Alega a recorrente que a companheira sobrevivente deveria ter sua condição de herdeira assegurada, mas não a de meeira, devendo a parte dos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união, serem entregues a ela, filha do morto, na proporção de 2/3 para ela e 1/3 para a companheira. Desse modo, alega a autora, haveria respeito à regra do inciso II do artigo 1.790, pois a filha receberia o dobro do que fosse dado à companheira sobrevivente.

Ocorre, todavia, que a lei atribuiu, através do artigo 1.790, a condição de meeira à companheira sobreviva, além da herança, devendo receber metade do que for entregue à filha do *de cujus* sobre a parte que pertencia ao finado com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união, além de receber, na condição de meeira, a outra metade de tais bens. Assim, também, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo.

A decisão, acertadamente, optou pelo respeito aos direitos sucessórios e à meação da companheira sobrevivente, atribuindo à mesma a metade de tudo o que foi adquirido, onerosamente, na constância da união, mais a metade do que foi entregue à filha do morto, sobre a parcela que cabia a ele.

EMENTA - SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. HERANÇA. MEAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790, II CC/02. FARTA DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA, QUE NÃO JUSTIFICA A AMPLIAÇÃO OU REDUÇÃO DO TEXTO

LEGAL PELO INTÉRPRETE E APLICADOR DO DIREITO. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO OCORRENTE, NA HIPÓTESE. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE QUE FAZ JUS À MEAÇÃO E MAIS DA METADE DO QUE COUBER À HERDEIRA NA PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA VIGÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. INTELIGÊNCIA DOS ART. 1.725, 1.790 II, 1.829, I DO CC/02 E DO ART. 226, § 3º, DA CF. RECURSO IMPROVIDO.

A agravante, filha do primeiro casamento do *de cujus*, alega que o Juízo faz interpretação equivocada do inciso II do art. 1.790 do Código Civil, e que a agravada, que conviveu com o falecido após a morte da esposa, tem direito a apenas 33,33% dos bens adquiridos na constância da união. Sustenta que, se o art. 1.829 do Código Civil dispõe que o cônjuge sobrevivente concorrerá com os herdeiros somente em relação aos bens sobre os quais não tiver direito à meação, também assim será com relação ao companheiro sobrevivente, sendo inconstitucional a interpretação de que, além da meação, teria o companheiro direitos sucessórios sobre os bens comuns, justamente porque o Código Civil não permite essa mesma cumulação aos casados.

Pede, portanto, que, se não reformada a decisão, para garantir à agravante 66,66% dos bens deixados pelo pai, adquiridos durante a união estável, seja reconhecido que a interpretação dada pelo Juízo ao art. 1.790, II do Código Civil afronta o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Alternativamente, pede que o art. 1.790, II seja interpretado sistematicamente com outros dispositivos do Código Civil e da Constituição Federal, *‘de forma que não haja cumulação entre meação e quinhão hereditário, cabendo nessa hipótese à agravada 50% dos bens adquiridos na constância da união estável a título oneroso, ficando os 50% restantes com a agravante’*.

A interpretação dada pela d. Magistrada ao texto legal está correta, em que pese a ampla discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790 e respectivos incisos do Código Civil, que aparentemente não tratou com equidade as figuras do companheiro e do cônjuge sobreviventes. Há projetos de lei que buscam a alteração do texto legal, para adequá-lo ao disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, como é o Projeto Ricardo Fiúza (PL 6.960/02).

Assim, no caso sob exame, a companheira sobrevivente, ora agravada, faz jus à meação (art. 1.725 CC), bem como à metade do que couber à descendente excluída do autor da herança, ora agravante (art. 1.790, II CC), sendo que tanto a meação quanto os direitos sucessórios incidem somente sobre os aqüestos, ou seja, sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1.790 *caput* CC).

Injusta se mostra, a nosso ver, a interpretação que quer dar a agravante à norma legal, ou seja, que a agravada, companheira sobrevivente, que reconhecidamente vive em união estável com o *de cujus*, participe apenas da divisão sucessória, sem direito à meação. O art. 1.725 do Código Civil atribui à união estável, salvo contrato em contrário, o regime da comunhão parcial de bens, que é aquele que garante ao cônjuge, dentre outros, a metade dos bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges (art. 1.660, I CC).

Se, por um lado, o art. 1.829 do Código Civil dispõe que o cônjuge sobrevivente concorrerá com os herdeiros somente em relação aos bens sobre os quais não tiver direito à meação, também garante sua participação na divisão dos bens particulares, o que não ocorre com o companheiro sobrevivente, que participa da sucessão apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Ou seja, ao menos no caso em foco, a interpretação dada pelo d. Magistrado ao art. 1.790 II do Código Civil não se mostra inconstitucional, porque não afronta o art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**. (SÃO PAULO, TJ. Ag. Inst. 498.030.-4/0-00, Rel. Des. Teixeira Leite, 2007).

O próximo julgado em estudo refere-se à situação enfrentada por uma companheira sobrevivente, que após a morte de seu companheiro, disputou a herança do mesmo com a municipalidade de São Paulo. Alega o Procurador do

Município que o companheiro falecido não deixou ascendentes, descendentes, ou qualquer outro herdeiro, devendo a fazenda pública recolher o patrimônio.

Ocorre que a mulher demonstrou viver em união estável com o finado e pleiteou para si a herança do mesmo, buscando a aplicação da lei 9.278/96, vez que o óbito ocorreu em 98 e tal lei coloca o companheiro supérstite em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os ascendentes e descendentes.

Entendeu, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ser a companheira a legítima herdeira do finado e não o Município.

Essa decisão, do ano de 2007, apesar do óbito ter ocorrido na década de 90, foi selecionada para ensejar a reflexão no seguinte sentido: se tratasse de um falecimento ocorrido na vigência do Código de 2002, a partir da aplicação do artigo 1.790 do referido Diploma Legal, sobre os bens adquiridos de modo não oneroso na constância da união, ou a qualquer título, anteriormente à união, estaria sendo amparada a fazenda pública, e não o convivente sobrevivente, pois, nos casos de companheiros que falecem sem deixar ascendentes ou descendentes, de acordo com o artigo 1.790, se a herança é composta de bens adquiridos de forma não onerosa, na constância ou antes da união, ou, ainda, se, o patrimônio é formado por bens adquiridos onerosamente antes da união, não havendo outros parentes sucessíveis, a fazenda pública é que recolhe a herança e não o convivente. Essa discussão encontra-se mais detalhada no capítulo II no subtítulo concernente à sucessão do companheiro.

EMENTA - RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO AJUIZADO POR CONVIVENTE EM FACE DA PREFEITURA – LEGITIMIDADE PASSIVA. O CONVIVENTE FALECIDO NÃO DEIXOU HERDEIROS NECESSÁRIOS OU COLATERAIS E NEM TESTAMENTÁRIOS. A HERANÇA JACENTE IRIA AUTOMATICAMENTE PARA A MUNICIPALIDADE, APÓS A EXISTÊNCIA DE PRAZOS ESTABELECIDOS E DA PARTICIPAÇÃO DO CURADOR. ASSIM, O INTERESSE PROCESSUAL ESTÁ PATENTE POIS A RECORRIDA CONVIVEU COM O FALECIDO POR ALGUNS ANOS E COMPROVOU POR PROVAS TESTEMUNHAIS SEGURAS O RELACIONAMENTO ENTRE AMBOS COMO SE CASADOS FOSSEM. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO, DESACOLHIDA A REMESSA NECESSÁRIA”.

Ação de reconhecimento de sociedade de fato proposta por R.F.S. contra a Municipalidade de São Paulo (ao fundamento de que seu companheiro não deixou herdeiros), objetivando a declaração da existência de união estável com o Sr. G. C. R., falecido em 26 de maio de 1998, deixando valores depositados em conta-poupança. A sentença de fls. 126/127, cujo relatório se adota, acolheu a pretensão para declarar a existência de união estável entre R. e G. C. R. e autorizar o levantamento dos valores depositados nas contas de poupança, de titularidade do falecido, em favor da autora.

(...) Inconsistente o reclamo no que tange à preliminar. A Municipalidade é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, porque é beneficiária da herança

deixada pelo morto pelo fato de não ter herdeiros necessários ou colaterais ou testamento que pudesse outorgar a herança a terceira pessoa. O art. 1.844 do Código Civil é explícito ao assinalar que o falecido não deixou herdeiros na linha direta ou colateral e nem norma concreta testamentária para legar seu patrimônio.

A união estável é entidade familiar protegida pelo Estado, mas sua constituição depende dos pressupostos da capacidade relativa das partes, da heterossexualidade e da ausência de impedimentos matrimoniais. Exige pressupostos conjuntos de convivência pública e o “animus” de constituição familiar, cuidando-se, além disso, no aspecto formal, de instituto sem as peculiaridades e minúcias da relação matrimonial, mas que pode ser regulado por contrato escrito das partes, e também provado por prova testemunhal segura para referendar o relacionamento convivencial antes, durante ou ao término da vida comum.

(...) A exceção recursal no que tange à existência da periodicidade da união estável, não colhe. Isto porque prova testemunhal segura esclarece que a recorrida viveu com o falecido, ressaltando um dos testemunhos que Rosilene trabalhava e por isso não se encontrava diuturnamente na residência do falecido.

De outra parte, não há qualquer fundamento à alegação de que R. demorou muito tempo para propor a ação de reconhecimento de sociedade de fato, o que, na verdade, não lhe tira a legitimidade processual”. (SÃO PAULO, TJ. Ap. 683.252-5/0-00, Des. Rel. Guerrieri Rezende, 2007).

No caso a seguir comentado, cuja decisão é proveniente do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, a agravante manifestou seu descontentamento contra decisão emanada do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que determinou a divisão da herança deixada por um homem que não tinha herdeiros necessários entre sua companheira e sua concubina.

O tratamento seria diferente na atualidade, pois os colaterais herdam em parte, na hipótese de união estável, de acordo com o código atual. O óbito, contudo, ocorreu na vigência da lei 8.971/96, anteriormente à entrada em vigor do diploma civil atual, e a decisão do STJ se deu em 2006.

No caso em tela, a recorrente viveu em união estável com o *de cujus* por 24 anos. Ocorre, contudo, que o tribunal de Justiça do Rio determinou que ela deveria dividir a herança deixada pelo mesmo com a concubina daquele, pessoa com quem o falecido manteve relacionamento amoroso, sem objetivo de constituição de família, poucos anos antes de sua morte, paralelamente à união estável de longa data.

A outra parte alegou que não tinha conhecimento de que o *de cujus* vivia em união estável, devendo sua relação ser equiparada à hipótese de uma união estável putativa. Porém, entendeu o STJ que era incabível pleitear herança e equiparação à união estável putativa, conceito que derivaria do instituto do casamento putativo, e que seria impertinente a equiparação, segundo o Tribunal Superior, por vários motivos, inclusive porque não restou provado o objetivo de constituição de família, um dos requisitos exigidos para que uma relação seja considerada como união estável. Haja vista a dificuldade de se equiparar à uma situação de união estável,

não seria também confiável equiparar a um casamento, mesmo que putativo, expressão que denota situação bem distinta da situação que teria ocorrido, de acordo com a posição do Tribunal.

Embora a decisão proveniente do Tribunal de Justiça do Rio tenha se direcionado a considerar duas uniões estáveis simultâneas, o STJ reformou-a e considerou como união estável a relação mais antiga e como única herdeira a companheira que convivia com o autor da herança nos últimos 24 anos de sua vida.

EMENTA - UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO DE DUAS UNIÕES CONCOMITANTES. EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO PUTATIVO. LEI Nº 9.278/96. 1. MANTENDO O AUTOR DA HERANÇA UNIÃO ESTÁVEL COM UMA MULHER, O POSTERIOR RELACIONAMENTO COM OUTRA, SEM QUE SE HAJA DESVINCULADO DA PRIMEIRA, COM QUEM CONTINUOU A VIVER COMO SE FOSSEM MARIDO E MULHER. NÃO HÁ COMO CONFIGURAR UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE, INCABÍVEL A EQUIPARAÇÃO AO CASAMENTO PUTATIVO. 2. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Alegam que “não se discute a prova da união estável, mas, sim, que em já tendo sido judicialmente reconhecida a existência de uma união estável ininterrupta entre o Recorrente e o falecido de 1.956 até sua morte, em virtude do preceituado no art. 1º da Lei 9.278/96 e no artigo 1º da Lei 8.971/94, impossível existir outra união estável concomitante e iniciada posteriormente, já que tal leva à existência do requisito legal da vontade de construir uma família por parte do falecido com a Recorrida”.

(...) A recorrida ajuizou ação declaratória de união estável alegando que foi companheira do autor da herança por vinte e quatro anos, vivendo como se casados fossem. Há, também, ação de reconhecimento de união estável movida por L. M. R. M., ré, na primeira ação.

A sentença julgou as duas ações, improcedente a primeira e procedente a segunda. Considerou a juíza (...), que o falecido “*mantinha relacionamento amoroso com M. G. S., sem coabitação e intenção de construir família, o que descaracterizava a união estável*” (fl. 189), reconhecendo, com o apoio na prova dos autos, que a autora da segunda ação, L. M. R. M., era companheira do falecido pelo período apontado na inicial.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proveu o especial para reconhecer a união estável também com a autora da primeira ação, M. G. S. Segundo o acórdão, admite-se a união estável putativa, “*em que a companheira posterior desconheça a existência de outra na união anterior*” (fl. 249). Para o acórdão, o “*finado, embora sem se desvincular da primeira companheira, mantinha relacionamento antigo, duradouro e estável com a segunda, ora apelante, daí que se pode considerar e admitir tal relacionamento como união estável putativa. É o que mostra a prova dos autos*” (fl. 250).

O especial narra que L. M. manteve com o falecido relacionamento estável desde 1956, residindo sob o mesmo teto; que com a morte foram atribuídos inventário e também um processo de abertura de testamento pela recorrida, no qual “*o falecido reconhecia a Sra. M. G. S. como sua companheira, legando à mesma o imóvel situado na Rua Violeta, instrumento este anterior ao acima referido, processo esse que foi remetido, posteriormente, para a 10ª Vara de Órfãos e Sucessões*” (fl. 262).

Vê-se, portanto, que o falecido vivia sob o mesmo teto, sem o vínculo matrimonial, mas com a convivência estável, com L. e mantinha relacionamento concomitante com M. G. e, segundo o acórdão, esse relacionamento também seria “*de forma pública e duradoura*” (fl. 250). O que vai saber neste feito é se é possível o reconhecimento concomitante de duas uniões estáveis com base em interpretação construtiva aproveitando o conceito de casamento putativo.

O acórdão buscou analogia com o art. 221 do Código Civil de 1916 (art. 1.561 do vigente e art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.515/77), para o reconhecimento da união estável putativa.

Casamento putativo, como sabido, é aquele que, em atenção à boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, o matrimônio é nulo ou anulável, mas produz efeitos em relação aos cônjuges e aos filhos. No caso do casamento, o que dá tônus ao reconhecimento dos efeitos é a existência de ato formal, dispensando, portanto, a prova da convivência marital. O só fato de existir a prova do casamento formal, realizado perante a autoridade competente, serve para justificar o dispositivo da lei civil que relevou a boa-fé e aderiu efeitos.

(...) Ora, se o falecido J. N. S. não se desvinculou da convivência mantida com a recorrente, a união estável estava caracterizada aqui, sendo a apelada, então, um relacionamento amoroso que não se pode identificar como união estável, muito menos equipará-lo com o casamento putativo. Para que houvesse a configuração de união estável com a recorrida, que é posterior à recorrente no amor do autor da herança, seria necessário que dessa última estivesse desvinculado, o que não ocorre neste feito.

No caso, não tenho como possível aplicação analógica do art. 221 do Código civil anterior, negando-se vigência nessa decisão ao que disciplina o art. 10 da Lei nº 9.278/96.

Conheço do especial e lhe dou provimento para restabelecer a sentença". (DISTRITO FEDERAL, STJ. Rec. Esp. 789.293, Rel. Des. Carlos Alberto Menezes, 2006).

5 PROJETOS DE LEIS QUE BUSCAM ALTERAR A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DISPOSTA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

5.1 Análise do Projeto de Lei número 6.960 de 2002

Em decorrência da redação imprecisa de alguns dos artigos do Código Civil de 2002, no tocante ao Direito das Sucessões e, principalmente, no que diz respeito à ordem de vocação hereditária, há projetos de lei, atualmente, que propõem alterações na redação legal, visando podar injustiças proporcionadas pelo texto legislativo em vigor.

Dada a natureza desse trabalho, serão abordados, especificamente, os dois Projetos de Lei de maior repercussão e que visam a alteração da ordem de vocação hereditária, apresentando-se uma breve abordagem crítica e alguns questionamentos aos Projetos, a fim de buscar, não a diminuição do valor que esses textos possuem, mas, sim, o melhor aperfeiçoamento possível do conteúdo que a lei deve portar em respeito ao bom senso e à justiça.

O primeiro Projeto de Lei em estudo, número 6.960, de 2002, cuida de uma proposta apresentada à Câmara dos Deputados e trata de um Projeto bastante extenso, que prevê a alteração de 188 artigos do Código Civil.

Serão escolhidas algumas das sugestões de alteração de artigos atinentes à matéria sucessória, para fins de pautar as discussões ora levantadas.

A primeira proposta de alteração a ser abordada diz respeito à sucessão do companheiro sobrevivente.

Segue a nova redação do artigo 1.790 que trata da sucessão do companheiro:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I – em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime de separação obrigatória (art. 1.641);

II – em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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. (BRASIL, 2002).

Há de se notar que o artigo proposto ainda não igualou a sucessão do companheiro à sucessão da pessoa casada pelo regime de comunhão parcial de bens, quando o falecido deixar companheiro e descendentes sobreviventes.

Tal igualdade foi suprimida por estabelecer, a redação do artigo, que a concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes do falecido é feita de forma desigual, herdando o companheiro metade do que couber aos descendentes, o que não ocorre nos casos de casamento, pois a concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes é feita em igualdade de condições.

Seria válido igualar a sucessão do companheiro sobrevivente à sucessão da pessoa casada pelo regime de comunhão parcial de bens, mas a proposta ainda diferencia em vários aspectos a sucessão entre cônjuges e companheiros.

Acrescenta, ainda, o projeto de lei, que a concorrência entre companheiro supérstite e descendentes do companheiro morto deva se dar exclusivamente com relação aos bens particulares, embora essa questão fique implícita pois não haveria a concorrência, sucedendo apenas os filhos se não existissem bens particulares.

Nesse aspecto, acerta, o legislador, posto que se tratasse de casamento regido pela comunhão parcial a concorrência também deveria incidir sobre os bens particulares. Esse é o entendimento mais razoável, sustentado neste trabalho.

Também a proposta não elucida como se dará a sucessão nos casos de companheiros que pactuaram sobre regimes de bens híbridos, através da redação de pacto de união estável. O Código Civil aplica às uniões estáveis as disposições previstas para o regime de comunhão parcial, salvo estipulação em contrário em contrato escrito, nos termos do artigo 1.725. E se houver pacto de união estável criando regime híbrido? Como se dará a sucessão? Da mesma forma? A concorrência apenas deveria ser restrita com relação aos bens particulares?

Seria melhor igualar totalmente a sucessão em situações de união estável à sucessão que ocorre em casos de casamento e estabelecer que, em qualquer regime escolhido, a concorrência entre cônjuge ou companheiro e descendentes do morto se daria apenas com relação aos bens particulares, tanto no casamento, como na união estável.

Note-se que também na concorrência com ascendentes, o projeto propõe a sucessão diferenciada do companheiro. A bem da verdade, pode representar piora

em comparação ao texto original do código que determina a sucessão do companheiro sobrevivente, pois a este cabe, atualmente, o direito a um terço da herança em contraposição ao texto sugerido, que propõe, no inciso II, atribuir ao companheiro metade do que couber aos ascendentes.

Imaginemos que o patrimônio deixado pelo companheiro falecido seja de R\$ 100.000,00, ressalvada a meação do outro. Na redação anterior, o companheiro recolheria um terço desse patrimônio, havendo ascendentes, ou seja, R\$ 33.333,33. Na redação proposta ele receberia R\$ 20.000,00, ao passo que os pais recolheriam R\$ 40.000,00, cada um, pois o texto proposto determina que os ascendentes herdem o dobro. Pelo menos, é o que se extrai da leitura do artigo.

Mas, o principal aspecto é o fato do convivente assumir o terceiro lugar na ordem de recebimento da herança, contemplado com todo o montante, não importando a natureza da aquisição dos bens, na falta de ascendentes e descendentes, sendo essa uma abordagem interessante da redação sugerida.

Há aspectos interessantes, portanto, no texto sugerido, e que devem ser mantidos. As inovações positivas dessa proposta e que devem permanecer, ainda que haja algumas alterações no texto apresentado são o acesso do companheiro supérstite à totalidade da herança, quando não há ascendentes ou descendentes e o direito real de habitação com relação ao imóvel que era destinado à residência da família, enquanto permanecer solteiro ou não compuser nova união estável.

Uma outra novidade positiva é a sugestão de que o companheiro sobrevivente, possa herdar bens adquiridos, a qualquer título, antes da união, assim como os adquiridos eventualmente ou gratuitamente durante a mesma, ao contrário do texto atual, que limita o acesso aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união, como encontramos no texto da lei e que pode gerar inúmeras injustiças.

Com relação ao artigo 1.829, o novo texto apenas corrige um erro material do código ao referir-se, no inciso I, do caput do artigo 1.829 do Código Civil, ao artigo 1.640, quando, na verdade, pretendia fazer menção ao artigo 1.641.

No tocante à modificação do artigo 1.801, III, a nova redação resolve parte de um problema ao determinar que não podem suceder por testamento, o concubino do testador casado, salvo se este estiver separado do cônjuge, sem culpa sua.

A questão da culpa não deveria permanecer no texto, pois mesmo que o cônjuge se separe de fato, com culpa sua, ele pode vir a se unir a outra pessoa, e

constituir união estável adquirindo patrimônio juntamente a esta nova pessoa, que deveria ser sua herdeira em caso de rompimento da união por morte. Ao redigir dessa maneira, o legislador dá a entender que mesmo após longo período de separação de fato, se esta se deu por sua culpa, terá a ex-esposa ou o ex-marido sobrevivente, direito à herança.

Eis a redação sugerida:

Art. 1.801. Não Podem ser nomeados herdeiros, nem legatários: (...) III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge; (BRASIL, 2002).

A proposta também não altera o rol dos herdeiros necessários, quando seria interessante incluir o companheiro nesse rol.

Quanto à legítima, o Projeto esclarece uma omissão do legislador, no artigo 2002, ao determinar, expressamente, que na concorrência com descendentes, o cônjuge sobrevivente precisa colacionar os bens recebidos através de doação, em vida, do autor da herança, um dos aspectos positivos do projeto proposto.

Ainda sobre a legítima, o Projeto estabelece que, para clausular os bens que compõem a mesma, será necessário indicar justificativa, o que já ocorre, passando a ser livre e independente de justificativa a colocação da cláusula de incomunicabilidade.

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade e de impenhorabilidade, sobre os bens da legítima.

(...) § 3º Ao testador é facultado, livremente, impor a cláusula de incomunicabilidade. (BRASIL, 2002).

A nova redação perde a oportunidade de assegurar o direito real de habitação com relação ao imóvel de residência do casal, também ao filho portador de deficiência incapacitado para o trabalho, aos filhos de pouca idade, crianças, adolescentes e jovens com idade de até aproximadamente 24 anos, faixas etárias às quais são também assegurados os alimentos, em virtude das dificuldades da vida cotidiana e da necessidade maior de apoio na fase da infância, adolescência e início da juventude.

5.2 Análise do Projeto de Lei número 4.944 de 2005

Esse projeto prevê a alteração de vários artigos relativos ao tema sucessório, sem objetivar a modificação de diversos livros do Código Civil, como ocorre na proposta debatida anteriormente.

A principal mudança trazida por esse projeto diz respeito ao artigo 1.829, que receberia a seguinte redação:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluindo os subrogados. (BRASIL, 2005).

Nota-se, pela análise do projeto em comento que a proposta iguala o cônjuge ao companheiro, em matéria sucessória, e não estabelece diferenciação quanto aos regimes de bens, para efeitos sucessórios.

Além disso, estabelece, no parágrafo único, que a concorrência se daria exclusivamente com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união e sobre os quais não incida a meação.

No parágrafo em tela nota-se, pois, a influência apenas indireta dos regimes de bens em matéria sucessória, pois se o cônjuge é casado pelo regime de separação de bens, por exemplo, concorrerá com os filhos com relação à herança deixada pelo consorte falecido, haja vista que os bens adquiridos onerosamente na constância da união pelo autor da herança só a ele pertenceriam e não incidiria a meação. Haveria concorrência, então, com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união entre os descendentes do *de cujus* e o cônjuge supérstite, nesse caso.

Outra questão importante surge quando há bens adquiridos de forma não onerosa na constância da união ou bens adquiridos anteriormente ao enlace de maneira onerosa ou não e o falecido não deixa filhos.

Nesse caso, o ascendente herdaria toda essa parcela não integrante da meação, composta pelos mencionados bens, sem concorrência com o companheiro ou cônjuge sobrevivente, ficando, estes, então, em situação inferior à dos ascendentes.

O artigo 1.830 recebe na proposta uma nova redação, retirando-se do texto a questão da culpa para fins de acesso à herança do consorte falecido, o que resolveria um problema já discutido por esse trabalho, de pessoas que deram culpa ao rompimento e que se unem a outras por longo período, contraindo patrimônio junto às mesmas.

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato. (BRASIL, 2005).

O artigo 1.831 assegura o direito real de habitação ao cônjuge e ao companheiro, mas estabelece que tal direito não deve prevalecer se o imóvel integrar a legítima de descendentes menores ou incapazes.

Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes. (BRASIL, 2005).

Tal dispositivo foi proposto dessa forma para que não seja auxiliado o companheiro ou cônjuge sobrevivente, em detrimento de descendente do morto que também necessite de ajuda em razão de sua menoridade ou outra forma de incapacidade, prevalecendo apenas se os descendentes do finado forem maiores ou capazes ou se o bem que servia de residência para a família não integrar a legítima.

Resta chamar a atenção para o melhor tratamento dado à questão do direito real de habitação, então, pela nova proposta.

Com relação aos herdeiros necessários, o projeto propõe a retirada do cônjuge do rol, mantendo-se tal posição com relação aos ascendentes e descendentes, fazendo com que uma pessoa casada ou que viva em união estável e que não tenha ascendentes ou descendentes, possa deixar a totalidade de seu patrimônio a quem quer que seja, através de testamento, salvo com relação às pessoas impedidas de herdar por via testamentária, na redação do artigo 1.801 do CCB.

O art. 1.845 alinha entre os herdeiros necessários – além dos descendentes e dos ascendentes, que já desfrutavam dessa condição no Código Civil revogado – também o cônjuge.

A proposta que ora se formula busca manter como herdeiros necessários apenas os descendentes e os ascendentes, afastando os cônjuges, isso pela preocupação em deixar de lado, ao máximo, interesses meramente patrimoniais na celebração do casamento. Não se justifica que, em tempos onde a mulher busca – e alcança de modo cada vez mais efetivo – sua autonomia, venham os cônjuges a ser incluídos como herdeiros necessários, regra que reflete uma preocupação tutelar em descompasso com a realidade hodierna". (SANTOS, 2005, p. 189).

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes. (BRASIL, 2002).

No artigo 2.003, a colação passaria a ser uma obrigação apenas dos descendentes, que teriam que conferir as doações recebidas durante a vida do autor da herança. A crítica que se extrai da redação sugerida é que, uma vez que o próprio projeto coloca ascendentes e descendentes como herdeiros necessários, no artigo 1.845, deveriam também ser obrigados os ascendentes a colacionar os bens recebidos por doação, em vida, do autor da herança.

Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade. (BRASIL, 2005).

É necessário frisar, diante do prosseguimento das discussões propostas por esse capítulo, que o presente trabalho traz à tona matérias para a reflexão, mas com a consciência de que o texto legal perfeito que não induza a questionamentos é de difícil extração, senão improvável, devendo o legislador buscar o melhor possível dentro das técnicas de redação, mas tendo a sociedade consciência da aridez de sua tarefa. É necessário expor que o presente trabalho apresenta a consciência de que em matéria sucessória é praticamente impossível obter-se um texto legal que não provoque questionamentos e críticas, sendo por isso tão importantes as técnicas interpretativas e o cuidado do aplicador do direito em sua profissão e na busca pela equidade e justiça.

6 O DIREITO DAS SUCESSÕES EM OUTROS TERRITÓRIOS

Antes de adentrar nas discussões propostas por esse capítulo é necessário esclarecer que o mesmo não visa criticar e apontar imperfeições contidas nas legislações de outros países, mas tão somente apresentar um panorama sobre como o tema é tratado por outras nações e, conseqüentemente, possibilitar que a leitura provoque a identificação dos traços diferenciadores entre a legislação estrangeira e nacional.

6.1 O Direito à Sucessão Legítima em Portugal

É visível a influência do Direito português na elaboração dos ditames do Código Civil brasileiro atual. Além de constituir importantíssima base de influência na evolução histórica de nossa legislação de um modo geral, podemos perceber, que ainda na atualidade, o Direito Brasileiro, em muito, carrega aspectos ofertados pelo ordenamento jurídico português.

Sobretudo, no Direito Civil e, especificamente, no campo do Direito das Sucessões, em decorrência das grandes modificações sofridas por esse ramo do direito, nota-se a presença de institutos provenientes do Código Civil daquele país em nossa legislação em vigor.

Como maior exemplo podemos mencionar que outrora o cônjuge herdava do consorte falecido apenas se não houvesse ascendentes e descendentes. Como ocorre no Direito Lusitano, hodiernamente, o cônjuge concorre com os descendentes e ascendentes do autor da herança e essa concorrência é reflexo das determinações do direito estrangeiro em nosso país, sobretudo do direito de Portugal.

A ordem de vocação hereditária do país em estudo, cujo Código é de 1966, mas que sofreu inúmeras reformas por legislações posteriores, privilegia, em primeiro lugar, o cônjuge e os descendentes do morto, seguidos do cônjuge e dos ascendentes, estando em terceiro lugar os irmãos e seus descendentes, em quinto

lugar os colaterais até o quarto grau e, não existindo nenhum desses parentes, sucede o estado.

O cônjuge separado de fato não é afastado da herança expressamente pelo texto legal, recebendo tal imposição o cônjuge separado judicialmente, ou divorciado.

1. 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 ao quarto grau; e) Estado.
2. O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.
3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785º. Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11. Artigo 2133 do Código Civil Português. (PORTUGAL, 1977).

Na concorrência entre cônjuge e descendentes do autor da herança, o cônjuge recebe quinhão igual ao dos descendentes, sendo ressalvada ao cônjuge, independentemente se os filhos são comuns ou não, a reserva de quarta parte do acervo.

1. A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.
2. Se o autor da sucessão não deixar cônjuge sobrevivente, a herança divide-se pelos filhos em partes iguais. Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11. Artigo 2.139 do Código Civil Português. (PORTUGAL, 1977).

Na concorrência com ascendentes o cônjuge recolhe duas terças partes do património e os ascendentes uma terça parte.

É interessante lembrar que no direito pátrio, havendo dois ascendentes em primeiro grau, restaria ao cônjuge um terço da herança e os outros dois terços tocariam àqueles.

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.
2. Na falta de cônjuge, os ascendentes são chamados à totalidade da herança.
3. A partilha entre os ascendentes, nos casos previstos nos números anteriores, faz-se segundo as regras dos artigos 2135º e 2136º. Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11. Artigo 2142 do Código Civil Português. (PORTUGAL, 1977).

Há de se ressaltar que a legislação em estudo, datada de 1966, não condiciona a concorrência do cônjuge com descendentes ao regime de bens adotado pelo casal quando do matrimônio, assim como não condiciona a reserva de $\frac{1}{4}$ do patrimônio ao cônjuge, em concorrência com descendentes, ao fato dos filhos serem comuns, como ocorre no Brasil.

Outro importante dado a ser observado é que a concorrência do cônjuge com os outros parentes deixados pelo finado, não incide, apenas, sobre os bens particulares, mas, sim, sobre toda a herança deixada, incluindo a meação do consorte morto.

Na falta de ascendentes e descendentes o cônjuge sobrevivente herda toda a herança.

“Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da herança”. Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11 - Artigo 2.144 do Código Civil Português. (PORTUGAL, 1977).

Acerca da Evolução histórica do Direito Sucessório do Cônjuge no Direito Português, ensina José de Oliveira Ascensão, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa:

Tem variado muito a solução legal, no que toca ao tratamento sucessório do cônjuge. O Código de 67, na sua versão primitiva, colocava o cônjuge na 4ª classe sucessória e os irmãos e descendentes na terceira. Em 1910 inverteram-se as posições. O cônjuge passa a ocupar a 3ª classe, e os irmãos e descendentes são relegados para a quarta. A reforma de 1930 tomou uma atitude de composição. Entrados nos trabalhos preparatórios do novo Código, o autor do Anteprojeto das Sucessões propôs uma nova solução: o cônjuge passa a ser considerado legitimário. Alterar-se-ia profundamente a situação existente. A proposta foi aprovada pela Comissão Revisora que a acolheu até com particular louvor (...). Nos termos do Decreto-Lei nº 496/77, o cônjuge supérstite, para além de certas atribuições que referiremos quando estudarmos a partilha, é assumido logo nas primeiras classes sucessórias. Como veremos ele é um herdeiro legitimário. A situação passou a ser complexa. O cônjuge ora está na 1ª classe sucessória em concorrência com descendentes, ora está na 2ª classe sucessória, em concorrência com os ascendentes. (...) A posição do cônjuge não é mais de usufrutuário; é de herdeiro real. Ele vai ficar verdadeiramente titular de quota da herança. ASCENSÃO, 1989, p. 349-352).

Em relação à concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do finado, explica José de Oliveira Ascensão, expondo sua opinião sobre ser a sucessão do (a) viúvo (a) muito favorável:

Este grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição de cônjuge é concebida como uma posição infinitamente mutável. Aquele porém a quem calhe ocupar a posição de cônjuge, na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada protecção sucessória". (ASCENSÃO, 1989, p. 353).

Carlos Corte-Real, autor Português, pondera acerca do excesso de protecção ao cônjuge supérstite para fins de sucessão, principalmente, na actualidade, escrevendo que:

O empolamento (discutível) da família nuclear, o "encoberto" propósito de um mais correcto posicionamento do cônjuge (nomeadamente mulher) no contexto familiar e social, levaram o legislador de 1977 a privilegiar, injustificadamente (...) a situação sucessória do cônjuge sobrevivente, que passou a ser herdeiro legitimário, face aos filhos e descendentes, sem qualquer preocupação de articular as soluções que vierem a vingar, quer com o regime de bens adoptado, quer com a eventual incapacidade de angariação de meios de subsistência do cônjuge, ou, sobretudo, dos filhos menores e incapazes.

Num momento em que se pugna pela afirmação social e económica do cônjuge mulher e pela superação de tantos preconceitos que nesse campo se faziam e fazem ainda sentir, transformar o cônjuge em herdeiro legitimário, para além do direito à sua eventual meação (no caso dos regimes de comunhão de adquiridos ou de comunhão geral de bens), ou apesar da voluntária adopção do regime de separação de bens, parece realmente uma solução claramente "protecionista" e preservadora afinal do *status quo*. (CORTE-REAL, 1989. p. 912-913).

Com relação às discussões acerca da delimitação do grau de parentesco para recebimento de herança no Direito Português, que também serviram de fundamento para a evolução da delimitação da extensão do parentesco para fins de sucessão no Direito Brasileiro, temos a lição de Inocêncio Galvão Telles, Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa:

Para efeitos sucessórios até onde deve ir a família, qual deve ser o *vínculo de parentesco relevante*? Pelo Código Civil de 1987, na sua redacção primitiva eram sucessíveis, além dos parentes em linha recta, os transversais até o 10º grau (art. 1969.º). Porém o Decreto de 31 de Outubro de 1910 limitou ao 6º grau a sucessibilidade na linha colateral.

Quando se iniciaram os trabalhos de preparação do actual Código Civil, pô-se à respectiva comissão elaboradora o problema de saber se deveria manter-se ou baixar-se o referido limite. A comissão orientou-se no sentido de fazer terminar a sucessão legítima no 4.º grau da linha colateral (...).

A sucessão legítima, na medida em que aproveita aos parentes e ao cônjuge, funda-se num vínculo de solidariedade familiar e este, embora afrouxe à medida que o parentesco se distancia, ainda conserva suficiente vigor em relação aos colaterais em 5.º e 6.º graus, sobretudo no caso, que é aquele que interessa, *de não haver familiares mais próximos*. A família, como continuidade que se projeta no tempo, não é constituída apenas pelos que vivem sob o mesmo teto. (TELLES, 1991. p. 267-269).

É possível observar que algumas determinações trazidas pelo CCB brasileiro de 2002 para o campo do Direito das Sucessões já existiam no Direito Português,

entre elas a concorrência do cônjuge com os filhos para recebimento de herança, a concorrência do consorte com os pais do finado e a reserva de $\frac{1}{4}$ para o cônjuge sobrevivente na concorrência com filhos do falecido.

6.2 A Ordem de Chamamento à Herança na Itália

O Direito das Sucessões Italiano possui, como traço mais marcante, o fato de excluir da sucessão os filhos ilegítimos e de apresentar terminologia classificatória no tocante à filiação: filhos legítimos, legitimados, naturais e adotivos, longe da justa simplicidade brasileira que atribui direitos iguais aos descendentes, sem distinção entre espécies de filiação, pois, como visto nesse trabalho, em capítulos anteriores, desde a Constituição Federal de 1988 vigora o princípio da igualdade jurídica entre os filhos e, especificamente, para efeitos sucessórios, com relação às diferenças para fins de recebimento de herança entre filhos naturais, legítimos, legitimados e adotivos, estas foram expressamente suprimidas pela “Lei do Divórcio”, Lei 6.515, em 1977”.

No Direito Italiano recebem herança o cônjuge, o filho legítimo, os filhos naturais, os legitimados, ascendentes e irmãos do falecido. Não os havendo herda o parente mais próximo até o sexto grau, consoante artigo 572.

As pessoas a favor das quais a lei reserva uma quota da herança ou outros direitos sucessórios na sucessão são: o cônjuge, os filhos legítimos, os filhos naturais, os ascendentes legítimos.

A favor dos descendentes, dos filhos legítimos ou naturais, e daqueles que venham a sucessão no lugar destes a lei reserva os mesmos direitos que são reservados aos filhos legítimos ou naturais.

Aos filhos legítimos são equiparados os legitimados e os adotivos. Artigo 536 do Código Civil Italiano²⁸. (ITÁLIA, 1942, tradução nossa).

É interessante observar que no Direito Italiano a legislação prevê uma série de quotas e reservas que são diferenciadas, dependendo das diversas classes de herdeiros existentes.

²⁸ Le persone a favore delle quali la legge riserva (457, 549) una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi. Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati e gli adottivi. A favore dei discendenti (77) dei figli legittimi o naturali, i quali vengono alla successione in luogo di questi (467), la legge riserva gli stessi diritti che sono riservati ai figli legittimi o naturali. Artigo 536 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

No tocante à ausência de sucessão do filho não reconhecido, escreve Roberto de Ruggiero.

Filho natural é aquele que foi reconhecido ou declarado (art. 743 do CC e art. 573 do CC); ao filho cuja paternidade ou maternidade não foi por tal modo estabelecida, da mesma forma que não se lhe reconhece qualquer vínculo de parentesco para outros efeitos jurídicos, também não se lhe reconhece o direito sucessório. (RUGGIERO, p. 492).

Quando o Direito Italiano estabelece que uma determinada parte deverá ser entregue ao cônjuge ou aos filhos, por exemplo, o remanescente é entregue aos outros parentes sucessíveis, ascendentes e irmãos do morto.

Se o falecido deixa filhos, os mesmos receberão, ao menos, 2/3 da herança, e se houver só um filho, a reserva será de metade do patrimônio.

Salvo quanto ao disposto no artigo 542 se o genitor deixa apenas um filho, legítimo ou natural a este é reservada a metade do patrimônio.

Se os filhos são vários a eles é reservada a quota de dois terços, que será dividida em partes iguais a todos os filhos, legítimos e naturais. Os filhos legítimos podem satisfazer em dinheiro ou em bens imóveis hereditários a porção cabível ao filho natural que não se opuser. No caso de oposição decidirá o juiz, validando as circunstâncias pessoais e patrimoniais²⁹. Artigo 537 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942, tradução nossa).

Concorrendo o cônjuge com outros parentes, que não os descendentes do finado, terá o mesmo a reserva de metade da herança para si. Na concorrência com ascendentes, o cônjuge tem a reserva de metade do patrimônio e aos ascendentes é reservado um quarto da herança.

Acerca da possibilidade do filho legítimo satisfazer em dinheiro a herança do herdeiro legítimo, coloca Roberto de Ruggiero.

Esta cota não é obtida pelo filho natural como por outro qualquer herdeiro, pois para afirmar a preeminência da família legítima, a lei concede aos filhos legítimos a faculdade de a pagar em dinheiro ou em bens imóveis hereditários, mediante justa avaliação (art. 744 do CC e art. 574 do CC). A isto corresponde o fato do filho natural não ter a *saísine*, que cabe a qualquer herdeiro, devendo pedir ao filho legítimo a posse de sua quota parte (art. 927 do CC).

Essas circunstâncias particulares, que não se verificam já quando o filho natural concorre com outros parentes, fizeram surgir a questão de saber se o filho natural concorrendo com filhos legítimos seja herdeiro verdadeiro e próprio. Alguns escritores

²⁹ Salvo quanto disposto dall'art. 542, se il genitore lascia un figlio solo, legittimo o naturale (459, 231, 573), a questi è riservata la metà del patrimonio.

Se i figli sono più, è loro riservata la quota dei due terzi, da dividersi in parti uguali tra tutti i figli, legittimi e naturali. I figli legittimi possono soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si oppongano. Nel caso di opposizione decide il giudice, valutate le circostanze personali e patrimoniali. Artigo 537 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

negam-no, considerando que precisamente ter a *saisine juris* e participar na comunhão hereditária é uma consequência necessária de ser herdeiro. O filho natural é privado da *saisine* e excluído da comunhão, podendo os legítimos satisfazê-la a dinheiro. A sua posição seria pois (excluída a idéia de que a sua quota seja um mero crédito) a de um legatário *ex lege*, isto é, legatário de uma quota do patrimônio e não de uma ou várias coisas determinadas, um legatário parcial. A consequência mais importante que de tal decorre é que o filho natural, sendo um sucessor a título particular, não responderia pelos encargos da herança para além das suas forças, e além da medida da própria quota. – Mas por outros sustenta-se que o filho natural é herdeiro, posto que quanto a ele não vigorem aqueles princípios da comunhão e da *saisine* hereditária. Leva a considerá-lo assim ser ele chamado a uma quota (...).³⁰ (RUGGIERO, p. 493).

A legítima dos filhos legítimos ou naturais é de 2/3, ou seja, ultrapassa a metade dos bens, como ocorreria na legislação pátria, nos termos do artigo 537 do Código Civil Italiano, de 1942.

A favor do cônjuge é reservada a metade do patrimônio do outro cônjuge, salvo com relação às disposições do artigo 542 para o caso de concurso com os filhos. Ao cônjuge também, quando concorrer com outros sucessores, é reservado o direito real de habitação com relação ao imóvel de residência da família e de usar os móveis que o guarneçam, se pertenciam ao defunto. Tais direitos incidem sobre a porção disponível e, no caso desta não ser suficiente, da quota reservada ao cônjuge e eventualmente da quota reservada ao filho. Artigo 540 do Código Civil Italiano.

Se quem morre deixa além do outro cônjuge, somente um filho legítimo ou natural, a este último é reservado um terço do patrimônio e um outro terço caberá ao cônjuge. Quando há dois ou mais filhos legítimos ou naturais a esses é reservada a metade do patrimônio e ao cônjuge um quarto do patrimônio do defunto. A divisão para todos os filhos, legítimos e naturais é feita em partes iguais. Se aplica o terço como no artigo 537. Artigo 542 do Código Civil Italiano.

Quando quem morre não deixa filhos legítimos ou naturais, mas ascendentes legítimos e o cônjuge, a este último é reservada a metade do patrimônio e aos outros ascendentes um quarto.

No caso da pluralidade dos ascendentes, a quota reservada a esses será distribuída conforme previsto no artigo anterior e repartida segundo os critérios previstos no artigo 569³¹. Artigo 544 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942, tradução nossa).

³⁰ Neste trecho o autor cita em nota FILOMUSI- GUELFÍ e a obra Direito Hereditário.

³¹ A favore del coniuge (459) è riservata la metà del patrimonio dell'altro coniuge, salve le disposizioni dell'art. 542 per il caso di concorso con i figli. Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare (144), e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli. Artigo 540 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

Se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale (459, 231, 258) a quest'ultimo è riservato un terzo del patrimonio ed un altro terzo spetta al coniuge. Quando i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, ad essi è complessivamente riservata la metà del patrimonio e al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto. La divisione tra tutti i figli, legittimi e naturali, è effettuata in parti uguali. Si applica il terzo comma dell'art. 537. Artigo 542 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

Quando chi muore non lascia né figli legittimi né figli naturali, ma ascendenti legittimi e il coniuge (459), a quest'ultimo è riservata la metà del patrimonio, ed agli ascendenti un quarto.

Os filhos legítimos, naturais, legitimados e adotivos são equiparados para efeitos sucessórios, estando excluídos da sucessão os filhos ilegítimos, o que pode configurar grave injustiça entre irmãos, pois, a título de exemplo, podemos imaginar a situação em que filhos de homens casados, havidos foram do casamento não terão acesso à herança, como também pode premiar maus pais que não queiram assumir ou atribuir direitos a filhos advindos de relações extra conjugais.

O pai e a mãe sucederão os filhos legítimos e naturais em partes iguais. Se aplica um terço como no artigo 537. Os filhos legítimos são equiparados aos legitimados e adotivos. Os filhos adotivos são excluídos da sucessão dos pais do adotante³². Artigo 567 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942, tradução nossa).

Na concorrência entre cônjuge e um filho, o cônjuge tem reservada a ele a metade do patrimônio e um terço se há dois ou mais filhos.

Quando com o cônjuge concorrerem filhos legítimos ou naturais, ou simultaneamente filhos legítimos e naturais, o cônjuge tem direito à metade da herança, se concorre com apenas um filho, e a um terço, nos outros casos³³. Artigo 581 do Código Civil Italiano.

Ao cônjuge são destinados dois terços da herança se ele concorre com ascendentes legítimos ou com irmãos e irmãs, mesmo unilaterais, ou com irmãos unilaterais e bilaterais. Neste último caso a parte remanescente é devolvida aos ascendentes e aos irmãos, segundo as disposições do artigo 571, salvo no caso em que os ascendentes tem direito a um quarto da herança³⁴. Artigo 582 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942, tradução nossa).

No artigo 540 está previsto também o direito real de habitação para o cônjuge sobrevivente, com relação ao imóvel de residência do casal e também com relação aos bens móveis que guarneçam a residência.

Os filhos naturais não reconhecidos pelos pais não tem acesso direto à herança. Recebem eles uma espécie de pensão vitalícia cujo valor é concedido com

In caso di pluralità di ascendenti, la quota di riserva ad essi attribuita ai sensi del precedente comma è ripartita tra i medesimi secondo i criteri previsti dall'**art. 569**. Artigo 544 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

³² Al padre ed alla madre succedono (459) i figli legittimi e naturali, in parti uguali. Si applica il terzo comma dell'**art. 537**. (Artigo 566 do Código Civil Italiano). Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati (280 e seguenti) e gli adottivi (291 e seguenti, 309, 314-326). I figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti dell'adottante (300-2). Artigo 567 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

³³ Quando con il coniuge concorrono figli legittimi o figli naturali, o figli legittimi e naturali (257), il coniuge ha diritto alla metà dell'eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e ad un terzo negli altri casi. Artigo 581 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

³⁴ Al coniuge sono devoluti i due terzi dell'eredità se egli concorre con ascendenti legittimi o con fratelli e sorelle anche se unilaterali (459), ovvero con gli uni e con gli altri. In questo ultimo caso la parte residua è devoluta agli ascendenti, ai fratelli e alle sorelle, secondo le disposizioni dell'**art. 571**, salvo in ogni caso agli ascendenti il diritto a un quarto della eredità. Artigo 582 do Código Civil Italiano. (ITÁLIA, 1942).

base na herança, como explica a Profa. Giselda Hironaka, em artigo sobre o sistema de vocação à herança no Direito Italiano.

O art. 573 do CCI afirma, por sua vez, que os filhos naturais com direito a participar das relações sucessórias são aqueles cuja filiação fora reconhecida pelo falecido ou ainda aqueles que tiverem assistido o estabelecimento da relação paterno/materno-filial por meio de declaração judicial. Os filhos naturais não reconhecidos, no entanto, não restam totalmente alijados. (...) terão direito a uma espécie de pensão vitalícia calculada com base nos frutos e rendimentos produzidos pela parte que lhes tocara na herança, caso tivessem sido reconhecidos. Essa regra vem estabelecida no art. 580 do CCI e visa a prover assistencialmente aqueles filhos que não tiveram o estabelecimento de sua paternidade e/ou maternidade confirmados. (HIRONAKA, 2005, p.76).

6.3 A divisão da Herança Legítima no México

No Direito Mexicano, havendo cônjuge sobrevivente e filhos do finado, haverá divisão em partes iguais entre o cônjuge e os descendentes deixados, consoante os artigos 1.607 e 1.608 do Código Civil.

“Se da morte dos pais restarem apenas filhos, a herança se dividirá entre todos em partes iguais”³⁵. Artigo 1.607 do Código Civil Mexicano. (MÉXICO, 1928, tradução nossa).

“Quando concorrerem descendentes com o cônjuge que sobreviva, a este corresponderá a porção de um filho, de acordo com o disposto no artigo 1.624”³⁶. Artigo 1.608 do Código Civil Mexicano. (MÉXICO, 1928, tradução nossa).

Havendo descendentes e ascendentes, o direito hereditário é conferido aos filhos, restando aos ascendentes o direito de pleitearem alimentos, se deles necessitarem.

O filho adotivo herda como um filho biológico, porém, o filho adotivo não herda dos parentes do adotante, mas apenas dos pais adotivos.

³⁵ Si a la muerte de los padres quedaren solo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales. Artigo 1607 do Código Civil Mexicano. (México, 1928).

³⁶ Cuando concurren descendientes con el conyuge que sobreviva, a este le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1624. Artigo 1608 do Código Civil Mexicano. (México, 1928).

Na concorrência de pais adotivos e descendentes deixados por um filho adotivo, com relação à herança, herdam os filhos, tendo os pais adotivos do morto direito à alimentos.

Nota-se que a solução do direito brasileiro mostra-se mais simples e justa: o filho adotivo é equiparado em todas as situações e direitos a um filho biológico. No direito do país em pauta, parece que a adoção não vincula toda a família do adotante ao adotado, como ocorre no direito pátrio, pois o filho adotivo não herda, por exemplo, dos pais do adotante, que em nosso direito seriam considerados avós para todos os fins de direito, e, inclusive, para fins de transmissão de herança.

“O adotado herda como um filho mas não há direito de sucessão entre adotado e os parentes do adotante”³⁷. Artigo 1.612 do Código Civil Mexicano. (MÉXICO, 1928, tradução nossa).

“Concorrendo pais adotivos e descendentes do adotado, os primeiros só terão direito a alimentos”³⁸. Artigo 1.613 do Código Civil Mexicano. (MÉXICO, 1928, tradução nossa).

Os ascendentes, no direito sucessório do país em estudo, herdam, inteiramente, apenas na falta de descendentes e de cônjuge. Havendo cônjuge e ascendentes, a herança será dividida em duas partes iguais: uma para o cônjuge e outra para os ascendentes.

Concorrendo o cônjuge com irmãos do finado, terá direito a dois terços da herança, cabendo a outra terça parte aos irmãos.

Os companheiros herdam da mesma forma que os cônjuges, desde que a união estável tenha durado ao menos cinco anos, ou que tenha originado filhos comuns, desde que fossem pessoas livres e desimpedidas. Havendo vários concubinos simultâneos ou concubinas disputando a herança, em uma determinação ao menos curiosa da legislação em análise, estatuiu-se que nenhum deles herdará.

A concubina e o concubino tem direito a herdarem reciprocamente, aplicando-se as disposições relativas à sucessão do cônjuge, sempre que tenham vivido juntos como se fossem cônjuges durante os cinco anos que precederam imediatamente a morte

³⁷ El adoptado hereda como un hijo; pero no hay derecho de sucesion entre el adoptado y los parientes del adoptante. Artigo 1612 do Código Civil Mexicano. (México, 1928).

³⁸ Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado, los primeros solo tendran derecho a alimentos. Artigo 1.613 do Código Civil Mexicano. (México, 1928).

ou quando tenham filhos comuns, desde que ambos não fossem casados durante o concubinato³⁹. Art 1.635 do Código Civil Mexicano. (MÉXICO, 1928, tradução nossa).

Poucos países trazem o direito sucessório do companheiro previsto no Código Civil, como ocorre no México e no Brasil. A maioria dos estados contempla o direito sucessório do companheiro a partir de decisões proferidas em casos concretos e/ou em legislações esparsas. Mas é interessante esclarecer que em muitos países da América Latina são assegurados vários direitos aos companheiros, embora no tocante aos aspectos sucessórios as conquistas se dêem em âmbito das decisões aplicadas aos casos concretos, desde que a relação não configure uma relação adulterina ou incestuosa, sendo ambos livres e desimpedidos para o casamento, como prevê o art.767 do CC Venezuelano, a Constituição da Bolívia, de 1947, a Constituição do Panamá, de 1946, da Guatemala, de 1945, a Constituição Cubana, no artigo 43, o Código Civil Peruano nos artigos 369 e 370, e também no Direito Paraguaio, Colombiano, etc, que conferem outros direitos aos companheiros, como alimentos e a propriedade de parte dos bens adquiridos durante a união. (AZEVEDO, 1978, p. 25-30).

6.4 A Ordem de Vocação no Direito Sucessório Argentino

Herdam, de acordo com o Código Civil Argentino, datado de 1869 e reformado por diversas leis, principalmente, em campo sucessório pela lei 23.264 de 1985, os descendentes, ascendentes, o cônjuge supérstite e parentes até o quarto grau. (PACHECO, 2003, p. 168).

³⁹ Se ante à morte do autor da herança sobrevivem várias concubinas ou concubinos nas condições mencionadas no princípio deste artigo, nenhum deles herdará. (Artigo 1.635 do Código Civil Mexicano) La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse reciprocamente, aplicandose las disposiciones relativas a la sucesion del conyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran conyuges durante los cinco anos que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en comun, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este articulo, ninguno de ellos heredara. Artigo 1.635 do Código Civil Mexicano. (México, 1928).

Havendo filhos e cônjuge sobrevivente, o cônjuge concorre com os filhos para fins de recebimento de herança, fazendo jus a uma quota equivalente à dos descendentes.

Deixando o finado, cônjuge e ascendentes, metade da herança tocará ao cônjuge e a outra metade aos ascendentes. Não havendo ascendentes e descendentes, recolhe o cônjuge a totalidade do acervo.

“Se são deixados ascendentes e cônjuge supérstite, herdará este a metade dos bens próprios do autor da herança e também a metade dos rendimentos que recebia o falecido”⁴⁰. Artigo 3.571 do Código Civil Argentino. (ARGENTINA, 1985, tradução nossa).

“Se não são deixados descendentes ou ascendentes, os cônjuges herdaram reciprocamente excluindo a todos os parentes colaterais”⁴¹. Artigo 3.572 do Código Civil Argentino. (ARGENTINA, 1985, tradução nossa).

Uma curiosidade do direito argentino é que o cônjuge sobrevivente nada herda se casa-se com pessoa enferma que venha a falecer dessa enfermidade nos trinta dias posteriores ao matrimônio, a não ser que já vivessem em união estável.

A sucessão concedida ao viúvo ou à viúva nos três artigos anteriores, não terá lugar quando um dos cônjuges estiver enfermo na celebração do matrimônio e morra dessa enfermidade nos trinta dias seguintes, salvo se o matrimônio tiver sido celebrado para regularizar uma situação de fato.

Se à morte do autor da herança este tiver deixado apenas um imóvel residencial como integrante do acervo hereditário, e que constituísse o lar conjugal, cujo valor não ultrapasse o indicado como limite máximo para ser declarado como bem de família, e concorrerem outras pessoas como herdeiros ou legatários, o cônjuge supérstite terá direito real de habitação de forma vitalícia e gratuita. Este direito se perderá se o cônjuge supérstite contrair novas núpcias⁴². Artigo 3.573 do Código Civil Argentino. (ARGENTINA, 1985, tradução nossa).

⁴⁰ Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes. Artigo 3.571 do Código Civil Argentino. (ARGENTINA, 1985).

⁴¹ Si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales. Artigo 3.572 do Código Civil Argentino. (ARGENTINA, 1985).

⁴² La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho. Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias. Artigo 3.573 do Código Civil Argentino. (ARGENTINA, 1985).

O Direito Argentino também assegura ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação com relação ao imóvel destinado à residência da família, desde que não ultrapasse o valor que a legislação fixe para registro de um bem como bem de família, e desde que seja o único bem daquela natureza deixado.

6.5 A Ordem de Vocação Sucessória no Direito Espanhol

O Direito sucessório espanhol é muito parecido com o direito sucessório brasileiro previsto no Código Civil pátrio, de 1916, privilegiando, em primeiro lugar, os descendentes, ascendentes, cônjuge, independentemente do regime de bens e parentes até o quarto grau.

Havendo cônjuge supérstite e irmãos, portanto, a herança seria inteiramente deferida ao cônjuge sobrevivente.

Outros institutos são muito próximos do direito das sucessões que conhecemos bem antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, tais como a sucessão por direito próprio e por representação e o fato de irmãos bilaterais herdarem o dobro em comparação aos irmãos unilaterais na concorrência exclusiva entre irmãos.

Não há distinção entre espécies de filiação para fins de recebimento de herança, como também presencia-se, atualmente, no Direito Brasileiro.

Em concorrência com descendentes, ascendentes e irmãos do finado, o viúvo recebe direito de usufruto com relação ao acervo hereditário, correspondente o usufruto, a um terço, no caso da concorrência com descendentes do falecido. O usufruto será de metade dos bens se concorrer com ascendentes e de dois terços se concorrer com irmãos do morto. (PACHECO, 2003, p. 159).

São conteúdos de alguns artigos do Código Civil Espanhol:

930 A Sucessão corresponde, em primeiro lugar, à linha reta descendente.

931 Os filhos e seus descendentes sucedem a seus pais e demais ascendentes sem distinção de sexo, idade ou filiação.

932 Os filhos do defunto herdarão sempre por direito próprio, dividindo a herança em partes iguais.

934 Se houver filhos e descendentes de outros filhos falecidos, os primeiros herdarão por direito próprio e os segundos por direito de representação.

944 Na falta de descendentes e ascendentes e antes que os colaterais, sucederá todos os bens do defunto, o cônjuge sobrevivente. Artigos do Código Civil espanhol conforme redação dada pela Lei 11/1981 de 13 de maio. (ESPANHA, 1981, tradução nossa).⁴³

Como se pode perceber, o direito sucessório pátrio apresenta pontos ora semelhantes, ora diferenciados da legislação estrangeira, que merecem ser debatidos, pois a análise dessa realidade pode ajudar aos aplicadores do direito a sustentarem as teses que melhor corresponderão aos anseios da sociedade.

⁴³ 930 La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendiente.

931 Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.

932 Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

934 Si quedaren hijos y descendientes de otros hijos que hubiesen fallecido, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por derecho de representación.

944 En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente. (Artigos do Código Civil espanhol conforme redação dada pela Lei 11/1981 de 13 de maio. (ESPANHA, 1981).

7 CONCLUSÃO

O trabalho em questão cuidou de uma abordagem crítica ao direito sucessório brasileiro e, em especial, à ordem de vocação hereditária atual, trazida pelo Código Civil de 2002, responsável por profundas alterações nesse campo do direito, em comparação ao que era anteriormente estabelecido pelo Código Civil de 1916.

Ocorre, porém, que por se tratarem de questões relativamente novas é necessária e relevante a discussão sobre as determinações em vigor e suas conseqüências, para que a partir dessas reflexões, possam surgir novas idéias e diretrizes que visem orientar profissionais que atuam na área, bem como aplicadores do direito.

A nova ordem de vocação hereditária, disposta nos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil, nos casos de famílias matrimonializadas e, no artigo 1.790 com relação às hipóteses de união estável é fonte de inúmeras discussões fundadas em imprecisões e, em algumas situações, de contradições presentes no texto legal.

A ordem de vocação prevista no artigo 1.829 coloca o cônjuge sobrevivente, como herdeiro, juntamente com os descendentes do finado, em primeiro lugar, a não ser que o casamento tenha se dado pelo regime da comunhão parcial de bens, quando não haja bens particulares, ou se os consortes eram casados pelo regime da comunhão universal, ou ainda, pelo regime da separação obrigatória de bens.

Não é clara a idéia do legislador, sobre a se a concorrência entre viúvo (a) e descendentes do finado deva se dar com relação a todo o acervo hereditário ou se restrita aos bens sobre os quais já não incida a meação do cônjuge supérstite.

Seria mais pertinente que a concorrência do cônjuge sobrevivente e dos descendentes, em qualquer regime de bens, fosse restrita aos bens aos quais o cônjuge sobrevivente já não tivesse acesso, através de sua meação, devendo-se, portanto, serem observadas as regras dos regimes de bens escolhidos pelo casal para observação de quais bens estariam sujeitos à divisão entre consorte sobrevivente e descendentes.

Em alguns casos, não há dúvidas de que a herança deixada deverá ser entregue inteiramente aos descendentes, com exclusão do cônjuge viúvo (a), como acontece nos casos de casais que optaram pelo regime de comunhão universal de bens, pois, nesse caso, o cônjuge sobrevivente já recolhe sua meação, que abrange

a metade do patrimônio do casal, de acordo com o mencionado no artigo 1.829 do Código Civil.

Mesmo assim, tal disposição do legislador não suplantou todas as dúvidas, pois não se pode dizer que no regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente já detenha metade de todo o acervo hereditário, pois podem existir bens recebidos com cláusula de incomunicabilidade pertencentes apenas ao *de cujus*, que serão entregues inteiramente aos descendentes do consorte finado.

Nos casos de casais que se casaram pelo regime de comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares, a lei é clara ao dizer que herdam apenas os descendentes. O questionamento é feito no sentido de que se existissem bens particulares a concorrência do cônjuge sobrevivente seria ou não restrita a tais bens.

De fato estaria melhor preservada a intenção da lei se a concorrência se desse apenas com relação aos bens particulares, pois no caso de casais casados pelo regime de comunhão universal, o artigo 1.829 determina que não haverá concorrência, devendo a herança ser entregue aos descendentes do autor da herança, justamente porque o cônjuge supérstite já detém, na maioria dos casos, a metade de todo o patrimônio do casal, a não ser que tenha recebido herança ou doação com cláusula de incomunicabilidade, se locupletando, isoladamente, e não em benefício de ambos.

Interessante é também refletir sobre se há certo exagero legal ao colocar o cônjuge sobrevivente em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, juntamente com os descendentes do morto, ou se seria mais razoável que o cônjuge sobrevivente ocupasse o segundo lugar desse rol, em concorrência com ascendentes e em terceiro lugar, recolhendo todo o montante, na falta de ascendentes e descendentes.

Na concorrência com os descendentes, o artigo 1.832 disciplina que é assegurada a quarta parte dos bens, se o cônjuge for ascendente dos descendentes com quem concorrer à herança.

Não esclarece o dispositivo, a respeito de como se dará a concorrência nos casos de filiação híbrida, ou seja, nas situações em que há filhos comuns e exclusivos do consorte falecido, dando margem a inúmeras argumentações.

Melhor seria que sempre que houvesse filiação híbrida a concorrência do cônjuge se desse em igualdade de condições com os descendentes, na concorrência com os filhos, devendo ser reservada ao (à) viúvo (a) apenas a quarta

parte dos bens, caso seja ascendente de todos os descendentes deixados, na medida em que nessa hipótese não há problemas na proteção ao cônjuge, uma vez que ao morrer também deixará seu patrimônio aos filhos que eram comuns, seus e do consorte falecido.

Com relação aos regimes não mencionados pelo artigo comentado, como o de participação final nos aqüestos e os regimes híbridos, criados através de pacto pré-nupcial, deveriam ser aplicadas a eles as determinações destinadas aos regimes que mais deles se aproximam, como o da comunhão parcial, por exemplo, nos casos dos regimes de participação final nos aqüestos.

Além disso, deveria ser permitido que nos pactos antenupciais os casais dispusessem sobre um regime de bens a ser aplicado para reger a distribuição de bens em seus casamentos, no caso de morte, a fim de evitar problemas e dúvidas futuros e dispensar o casal da necessidade de realizar um testamento, para tal disposição, ante à omissão da lei sobre a sucessão nos casos dos casais que criaram seus próprios regimes, através do pacto antenupcial.

Com relação à união estável, a nova abordagem sucessória criou muitas controvérsias na medida em que limita a sucessão do companheiro sobrevivente, apenas com relação aos bens adquiridos, onerosamente, na constância da união, através do artigo 1.790. Havendo bens adquiridos, durante a relação, a título oneroso, o companheiro concorrerá com os filhos na sucessão. Note-se que, neste caso, o companheiro se encontra em situação melhor, se comparado a uma pessoa casada.

Havendo bens adquiridos de forma onerosa na constância da união, o cônjuge não herdaria, recolhendo integralmente a herança os descendentes do morto, ressalvada ao consorte sobrevivente a sua meação, no caso de pessoas casadas pelo regime de comunhão parcial.

Caso não existam parentes sucessíveis além do companheiro, de acordo com o dispositivo 1.790, os bens adquiridos de forma não onerosa e os bens acumulados antes da união, seriam destinados aos cofres públicos, e caso houvesse um parente colateral até o quarto grau, este recolheria todo esse montante de bens, em prejuízo do convivente supérstite.

Cria muitas polêmicas, igualmente, o texto legal, ao não incluir o companheiro no rol dos herdeiros necessários, ao não garantir ao mesmo o direito real de habitação, apenas concedido aos cônjuges pelo artigo 1.831, ou direitos sobre a

herança formada por bens adquiridos gratuitamente ou eventualmente durante a relação, ou acumulados antes da mesma.

Uma opção a fim de dirimir conflitos seria que ante à omissão prevalecesse a lei especial, número 9.278/96, que assegura ao companheiro o terceiro lugar na ordem de vocação, no caso da sucessão referente aos bens acima descritos, na ausência de ascendentes e descendentes e que garante ao companheiro o direito real de habitação com relação ao imóvel de residência do casal, desde que seja o único daquela natureza e enquanto permaneça solteiro ou não integre nova união estável.

Melhor seria, todavia, que para efeitos sucessórios, a união estável fosse totalmente equiparada a um casamento regido pelo regime de comunhão parcial de bens. Não objetiva o presente estudo pregar a equiparação total entre união estável e casamento, haja vista a consciência de que são institutos diversos e que as pessoas que os integram devem arcar com as conseqüências de suas diferentes escolhas. Mas a não equiparação em campo sucessório, contudo, ocasiona muitas injustiças, que poderiam ser evitadas.

Em caso de filiação híbrida surge também uma dúvida em matéria da sucessão do convivente, sobre se herdaria ele em igualdade de condições com os filhos deixados pelo morto, ou não, mesmo porque não é reservada ao companheiro a quarta parte dos bens, como ocorre no casamento, em benefício do (da) viúvo (a).

Enquanto não se dê ao tema o melhor tratamento, equiparando, para efeitos de transmissão de herança, a união estável a um casamento regido pelo regime de comunhão parcial de bens, é melhor que, havendo filiação híbrida, o companheiro sobrevivente herde metade do que couber a cada um dos filhos do *de cujus*, como propõe o artigo 1.790, II, uma vez que havendo um único filho exclusivo do morto, o companheiro não deve herdar de forma igual ao mesmo, na concorrência, pois, ao morrer, não deixará patrimônio ao enteado, não devendo herdar de modo exagerado, em detrimento dos filhos.

Com relação à união homoafetiva, esta deveria ser equiparada à união estável para todos os seus efeitos, inclusive sucessórios e, portanto, o ideal seria que fosse tratada como uma relação em que vigorasse o regime de comunhão parcial, inclusive para fins de sucessão *post mortem*, na medida em que essa configura também a melhor solução para os casos de união estável.

Diante das discussões travadas, é possível perceber que, em alguns aspectos, avança a legislação atual, por exemplo, ao colocar o cônjuge sobrevivente em concorrência com ascendentes do finado, quando este não deixa descendentes, independentemente do regime de bens adotado pelo casal.

No tocante a outros fatores, entretanto, parece retroceder a lei, como, exemplificativamente, ao disciplinar de modo confuso a sucessão entre companheiros, não a igualando à sucessão de uma pessoa casada pelo regime de comunhão parcial de bens.

Destacando e resumindo o já estipulado ao longo do trabalho, e também nestas conclusões, pode-se afirmar, portanto, que a ordem de vocação hereditária defendida por este estudo seria aquela que privilegiasse, sempre e em primeiro lugar os descendentes, o que não ocorre em todas as situações na atualidade, haja vista que, em certas situações são privilegiados os descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

O cônjuge ou companheiro estaria protegido pela meação dos bens do casal, observando-se o regime de bens adotado ou pacto de união estável e pelo direito real de habitação.

Em segundo lugar, seriam chamados a suceder os ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro, independentemente do regime de bens, no caso do cônjuge e do pacto de união estável, no caso do companheiro, e com relação a toda a herança, portanto, não somente no tocante a bens adquiridos onerosamente na constância da união.

Na falta de ascendentes e descendentes, cônjuge ou companheiro, independentemente do regime de bens adotado ou do conteúdo do pacto de união estável deveriam ser chamados a receber toda a herança, ainda que composta de bens adquiridos anteriormente ao relacionamento e/ ou advindos a título eventual, gratuito ou através de sucessão, na constância da relação.

Ao cônjuge ou companheiro sobrevivente e aos filhos com idade até aproximadamente 24 anos, deveria, ainda, ser resguardado o direito real de habitação com relação ao imóvel que servia de residência para a família enquanto permanecessem solteiros.

Certo é que os acertos e retrocessos legais precisam ser alvos de discussões para que sejam desenvolvidas teorias que melhor auxiliarão os profissionais da área do Direito em suas atividades.

Resta acrescentar que é notória a dificuldade, senão, impossibilidade de redação de um texto legal, nesta seara, que não seja suplantador de dúvidas e questionamentos. Por mais que o legislador se esforce surgirão indagações, questionamentos, e discussões sobre as formas possíveis de interpretações das situações, que são inúmeras.

Essa realidade é reforçada pelo fato de existirem hoje tantas formas diversas de família e um número alto de pessoas envolvidas em um segundo ou terceiro casamento ou união estável, e que, em alguns casos, possuem filhos com mais de um parceiro.

Os objetivos do presente estudo foram analisar e refletir sobre as melhores formas de solucionar as polêmicas trazidas pelas situações que se confrontam com os textos legais em vigor, e não desqualificar a legislação posta, pois é notória a dificuldade de se estabelecerem as formas mais justas de decisões nos casos pertinentes ao campo sucessório.

Igualmente almejou a presente tese, fornecer embasamento e idéias que possam ser úteis aos profissionais que atuam na área, estudiosos e aplicadores do direito, dada a novidade dos temas em debate.

Sem dúvida há grande interesse social na discussão do tema central do presente estudo, pois, a morte é uma realidade da qual não se pode escapar e para todas as famílias que possuem certo patrimônio, modesto que seja, como a residência da entidade familiar, importa saber o destino do acervo, via transmissão *post mortem*.

8 REFERÊNCIAS

AMORIM, Marlene de Souza. A Sucessão Legítima e Testamentária no Direito Internacional Privado. **Revista de Estudos e Comunicação da Universidade Católica de Santos**. Santos, p. 133-145, 1974.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Sucessões**. 4. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1989.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do Concubinato ao Casamento de Fato**. 2 ed. Belém: Cejup, 1987.

Bíblia Sagrada. Português. São Paulo: Edições Paulinas, 1969.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Maurício Antonio Ribeiro Lopes. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Gisele de Melo Braga Tapai. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. (Org). **Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei 883, de 21 de outubro de 1949. In: Gisele de Melo Braga Tapai (Org.). **Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. In: Gisele de Melo Braga Tapai (Org.). **Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei 8.971 de 29 de dezembro de 1994. In: Gisele de Melo Braga Tapai (Org.). **Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 4.944/2005**. Altera Dispositivos do Código Civil, Dispondo Sobre Igualdade de Direitos Sucessórios entre Cônjuges e Companheiros de União Estável. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/biscaia_IBDFAM.pdf> Acesso em: 01. de set. 2008.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 6.960/2002**. Dá nova redação a diversos artigos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.pdf> Acesso em: 29. de jan. 2008.

BRASIL. **Projeto de Lei Nº 1.151/1995**. Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. http://www.arco-iris.org.br/_prt/leis/c_leis_1151.htm> Acesso em: 09. de set. 2008.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Rec. Esp. 789.293. Rel Min. Carlos Alberto Menezes. Decisão em 16 de fevereiro de 2006. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=789293&b=ACOR> Acesso em: 04 de fev. de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380. 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. In: **Código Civil de 2002**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Gisele de Melo Braga Tapai. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 382. A vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato. In: **Código Civil de 2002**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Gisele de Melo Braga Tapai. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. In: **Código Civil de 2002**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Gisele de Melo Braga Tapai. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. O cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial com o falecido, tendo este deixado bens particulares, além de sua meação, concorre com os descendentes na sucessão legítima. Ag. Inst. 2004.00.2.009630-8, Rel. Des. Dácio Vieira. Decisão em 10 de out. de 2005. Disponível em: <http://tjdf19.tjdft.gov.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=61023,5190,25248&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>Acesso em: 28 de jan. de 2008.

CAHALI, Francisco José. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPOS JÚNIOR, Alúcio Santiago. **Direito das Sucessões**: aspectos didáticos, doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. A Nova Ordem de Vocação Hereditária. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, V. 15, jul./set, 2003.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. Vol. 5.

CORTE-REAL, Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona. **Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária**. Centro de Estudos Fiscais - Direção-Geral das Contribuições e Impostos - Ministério das Finanças: Lisboa, 1989.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as Instituições da Grécia e Roma. São Paulo: Hemus, 1975.

DAIBERT, Jefferson. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência Sucessória do Companheiro Sobrevivo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 128-143, abr./maio, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Filhos, Bens e Amor Não Combinam! . In: PEREIRA, Rodrigo Da Cunha; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 439- 459.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 6.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 6.

ESPANHA. Código Civil Espanhol. Disponível em: <
<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/3T3C4.htm>> Acesso em
11 de dez. 2008.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das Sucessões**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil**: curso completo. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. Sucessão Legítima. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, Ano 7. n. 14, p. 53-58, jul./dez. 2004.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Sucessão concorrencial pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o Código Civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, Ano 9 , n. 18, p.112-138, Jul./dez. 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Sucessão de Companheiro sem Descendentes nem Ascendentes após o Novo Código Civil: justiça e lógica do razoável na interpretação do Direito. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. n. 27, p. 166-174, jul./set. 2006.

GOMES, Alexandre Gir. A desigualdade dos Direitos Sucessórios de Cônjuges e Conviventes no Novo Código Civil: constitucionalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. n. 11, p. 9-17. jul./set. 2002.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol VII.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. O Sistema de Vocação Concorrente do Cônjuge e/ ou do Companheiro com os Herdeiros do Autor da Herança, nos Direitos Brasileiro e Italiano. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 45-87, abr./maio, 2005.

ITABAIANA de OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

ITÁLIA. **Código Civil Italiano**. Disponível em:
<<http://www.lawrei.com/default.asp?id=113>> Acesso em 04 de fev. 2008.

LEI das XII Tábuas. Disponível em: <http://www.api.adm.br/direito/TABUAS.htm>
Acesso em 06 de dez. 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito de Família e das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Vol. 5.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A Concorrência do Cônjuge com os Descendentes na Sucessão Legítima: em busca da melhor interpretação. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 17-30, Dez./Jan., 2007.

MADALENO, Rolf. O Novo Direito Sucessório Brasileiro. **Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária**. São Paulo, n. 291, Ano 50, p. 35-44, jan. 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias Não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MÉXICO. **Código Civil Mexicano**. Disponível em: <
<http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t4c6.html> > Acesso em 06 de fev. 2008.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. O cônjuge supérstite é chamado a recolher a totalidade da herança, independentemente do regime de bens adotado no

casamento. Ap. 1.0349.05.008351-9/001, Rel. Des. Maria Elza. Decisão em 20 de jul. de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0349&ano=5&txt_processo=8351&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=> Acesso em: 29 de jan. de 2008.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. A concorrência do cônjuge na sucessão legítima, juntamente com os ascendentes, subordina-se à condição de inexistência de separação de fato ou judicial há mais de 02 anos. Ap. 1.071.03.012640-4/001 (1), Rel. Des. Maria Elza. Decisão em 11 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0071&ano=3&txt_processo=12640&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=> Acesso em: 31 de jan. de 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Sucessões. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Vol. 6.

NICOLAU, Gustavo René. Sucessão Legítima no Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 21, p. 112-122. jan./mar. 2005.

ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p948.htm> e <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p955.htm>. Acesso em 09. dez. 2008.

ORSELLI, Helena de Azevedo. Análise dos Direitos Sucessórios do Companheiro no Código Civil de 2002. **Revista Jurídica da Universidade Regional de Blumenau**. Ano 8, n. 16, p. 41-62, Jul./Dez. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de Normalização: **Normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 01 de dez. de 2009.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>> Acesso em 04 de fev. 2008.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Companheiro: será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 29, p.191-222, abr./maio, 2005.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça**. Com o advento da lei 10.406/2002, que instituiu o vigente Código Civil a companheira ou o companheiro do falecido que concorrer com parentes deste, terá direito a 1/3 da herança. Ag. Inst. 03211/2007, Rel. Des. Ismênio Pereira de Castro. Decisão em 25 de abr. de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw>> Acesso em: 28 de jan. de 2008.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. O cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens detém o direito de meação e herança. Ag. Inst. 70013227533, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Decisão em 21 de dez. 2005.

Disponível em: <

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70013227533&num_processo=70013227533 > Acesso em: 02 de fev. de 2008.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Petição de herança. Parentes colaterais que se insurgem contra a sucessão da esposa, com fundamento no regime de bens do casamento. Ap. 70019193853, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel. Decisão em 15 de ago. de 2007. Disponível em: <

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=1012541 > [Acesso](#) em: 29 de jan. de 2008.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Regida a sucessão pelo atual Código Civil de 2002, não há que se falar em direito da companheira a quinhão no imóvel que decorre de herança do falecido. Ap. 70017785247. Rel. Des. José S. Trindade. Decisão em 12 de jan. de 2007. Disponível em: <

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70017785247&num_processo=70017785247 > Acesso em: 31 de jan. de 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7.

RONDÔNIA. **Tribunal de Justiça**. A companheira que conviveu em união estável com o falecido terá direito à meação dos bens havidos na constância da relação. Ap. 100.001.2005.002593-6, Rel. Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia. Decisão em 20 de jun. de 2007. Disponível em:

<<http://www2.tj.ro.gov.br/apsq/new/action.jsp?tipo=0&argumentos=10000120050025936>> [Acesso](#) em: 28 de jan. de 2008.

RONDÔNIA. **Tribunal de Justiça**. Além da meação dos bens onerosamente adquiridos na vigência da união estável, a companheira também concorre na condição de herdeiro do falecido companheiro. Ap. 100.013.2003.003385-6, Rel. Des. Raduam Miguel Filho. Decisão em: 12 de jul. de 2005. Disponível em:

<<http://www.tj.ro.gov.br/cj/jsp-acordao.jsp?docuneto=1&processo=100.013.2003.003385>> Acesso em: 31 de jan. de 2008.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. .) Direito das Obrigações Direito Hereditário. Tradução Ary dos Santos. CHAVES, Antônio, MATTIA, Fábio Maria de (Rev). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1973. vol. 3.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Direito das Sucessões – propostas de alteração. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 29, p.185-190, abr./maio, 2005.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Aplicação da lei 9.278/96 que não revogou o artigo 2º da lei 8.971/94, que assegurou ao companheiro sobrevivente o mesmo *status* hereditário do cônjuge supérstite. Ag. Inst. 522.361-4/8-00, Rel. Des. Paulo Alcides. Decisão em 09 de out. de 2007. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>> Acesso em: 28 de jan. de 2008.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. A esposa somente deverá concorrer com os descendentes com relação aos bens particulares do falecido. Ag. Inst. 479.172-4/8-00, Rel. Des. Viviani Nicolau. Decisão em 03 de abr. de 2007. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao1064287>> Acesso em: 29 de jan. de 2008.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Inconstitucionalidade do artigo 1.790, II. Farta discussão doutrinária que não justifica ampliação ou redução do texto legal pelo intérprete e legislador do direito. Ag. Inst. 498.030.-4/0-00, Rel. Des. Teixeira Leite. Decisão em 24 de maio de 2007. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao1157500>> Acesso em: 02 de fev. de 2008.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Reconhecimento de sociedade de fato ajuizada por convivente em face da prefeitura. Ap. 683.252-5/0-00, Des. Rel. Guerrieri Rezende. Decisão em 10 de set. de 2007. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=1078900>> Acesso em: 02 de fev. de 2008.

SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Vol. III.

SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Vol. II.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões**. 6. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1991.

TEIXEIRA, Silvia Maria Banedetti. Planejamento Sucessório: uma questão de reflexão. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 7, n. 31, p. 5-18. Ago./Set., 2005.

VILLELA, João Baptista. Alimentos e sucessão entre companheiros: apontamentos críticos sobre a Lei 8.971/94. **Repertório IOB de Jurisprudência**. n. 7, 1ª quinzena Abr. 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Vol. VII.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. Vol. VI.

Anexos

Projeto de Lei 6.960 de 2002

Projeto de Lei 4.944 de 2005

PROJETO DE LEI Nº 6.960/2002 - Projeto de autoria do Deputado Ricardo Fiúza

Dá nova redação aos artigos (...), 1.788, 1.790, 1.800, 1.801, 1.815, 1.829, 1.831, 1.834, 1.835, 1.848, 1.859, 1.860, 1.864, 1.881, 1.909, 1.963, 1.965, 2.002, 2.038 e 2.045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º Os artigos (...)1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860,1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 passam a vigorar com as seguintes alterações (...).

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, romper-se, ou for inválido . (NR).

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, 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. (NR).

Art.1.800, § 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.797. (NR).

Art.1.801, III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge. (NR).

Art.1.815, Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em dois anos, contados da abertura da sucessão. (NR).

Art.1.829, 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. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. (NR).

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. (NR).

Art. 1.834. Os descendentes do mesmo grau, qualquer que seja a origem do parentesco, têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. (NR).

Art. 1.835, Parágrafo Único. Se não houver pai ou mãe, o filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, e desde que prove a necessidade disto, terá, ainda, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar, enquanto permanecer na situação que justificou esse benefício. (NR).

Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade e de impenhorabilidade, sobre os bens da legítima, § 3o Ao testador é facultado, livremente, impor a cláusula de incomunicabilidade. (NR).

Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do registro do testamento. (NR).

Art. 1.860. Além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o necessário discernimento. (NR).

Art.1.864, § 2º A certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial . (NR).

Art.1.881, Parágrafo único. O escrito particular pode ser redigido ou digitado mecanicamente, desde que seu autor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas . (NR).

Art.1.909, Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados da data do registro do testamento. (NR).

Art.1.965, § 1o. O direito de provar a causa da deserdação, ou de o deserdado impugná-la, extingue-se no prazo de dois anos, a contar da data da abertura da sucessão; § 2º. São pessoais os efeitos da deserdação: os descendentes do herdeiro deserdado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Mas o deserdado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens. (NR).

Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum, e o cônjuge sobrevivente, quando concorrer com os descendentes, são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que em vida receberam do falecido, sob pena de sonegação. (NR).

Art. 2.038, § 2º Igualmente proíbe-se a constituição de enfiteuse e subenfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos, subordinando-se as existentes às disposições contidas na legislação específica;

§ 3º Fica definido o prazo peremptório de dez anos para a regularização das enfiteuses existentes e pagamentos dos foros em atraso, junto à repartição pública competente. Decorrido esse período, todas as enfiteuses que se encontrarem regularmente inscritas e em dia com suas obrigações, serão declaradas extintas, tornando-se propriedade plena privada. As demais, reverterão de pleno direito para o patrimônio da União. (NR).

Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil, a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, as Leis nº 4.121, de 27/08/1962, 8.560, de 1992, 8.971, de 29/12/1994 e 9.278, de 10/05/1996 , o Decreto nº 3.708 de 1919, e ainda os arts. 1º a 27 da Lei nº 4.591, de 16/12/1964, os arts. 71 a 75 da Lei nº 6.015, de 31/12/1973, os arts. 1º a 33, art. 43, art. 44, art. 46, da Lei nº 6.515, de 26/12/1977, os arts. 39 a 52 , da Lei nº 8.069, de 13/07/1990. (NR).

Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge:

I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar;

II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns;

III – desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade. (NR).

PROJETO DE LEI Nº 4944/2005 - Projeto de autoria do Deputado Antônio Carlos Biscaia

Art. 1º. Esta Lei modifica disposições do Código Civil sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

Art. 2º. Os arts. 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2.003 da Lei 10.406 – Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar a seguinte redação:

Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluindo os subrogados. (NR)

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato. (NR)

Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

Parágrafo único. O direito real de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes. (NR)

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça. (NR)

Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (NR).

Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente. (NR).

Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau. (NR).

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes. (NR).

Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade. (NR).

Art. 3º. Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.