

MARA LÚCIA MONTEIRO DE MORAES

**DIREITO DE HERANÇA DO CÔNJUGE E DO (A) COMPANHEIRO (A) NO
CÓDIGO CIVIL**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

2010

MARA LÚCIA MONTEIRO DE MORAES

**DIREITO DE HERANÇA DO CÔNJUGE E DO (A) COMPANHEIRO (A) NO
CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Especialização em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP, sob a orientação da Prof. Dra. Maria Isabel Ramalho, visando à obtenção do grau de Especialista.

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

2010

MARA LÚCIA MONTEIRO DE MORAES

**DIREITO DE HERANÇA DO CÔNJUGE E DO (A) COMPANHEIRO (A) NO
CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Especialização em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP, sob a orientação sob a orientação da Prof. Dra. Maria Isabel Ramalho, visando à obtenção do grau de Especialista.

Banca Examinadora

SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

2010

EPÍGRAFE

“A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça e de garantia da paz familiar. Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.”

(Ricardo Fiúza)

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar as alterações ocorridas na ordem da sucessão legítima, em especial no que diz respeito à sucessão do cônjuge e do companheiro diante das inovações trazidas pelo Código Civil. A importância do assunto se deve ao fato de que as inovações legislativas são alvo de críticas e propostas de alteração por parte da doutrina, visando afastar contradições quase insuperáveis e harmonizar-se aos preceitos na nova ordem constitucional. A metodologia utilizada deu-se através de estudos doutrinários e da comparação entre o tratamento sucessório do cônjuge e do companheiro introduzido pelo Código Civil, com vistas à observância das incongruências observadas frente à nova ordem constitucional preconizadora da equalização entre as entidades familiares decorrentes do casamento ou da união estável. Apresenta, didaticamente, alguns conceitos que envolvem o tema para, enfim, adentrar na nova ordem de vocação hereditária, e mostrar a estranha valorização do cônjuge na concorrência com os demais herdeiros com um complicado sistema de cálculos de quinhões que envolvem a partilha da herança, além da sombria regulamentação da sucessão pelo companheiro, apontando a crítica de alguns juristas quanto à ausência de equalização entre este e o cônjuge frente à nova ótica constitucional de prestar digna proteção a todas as entidades familiares. Outro ponto de destaque e fonte de acaloradas discussões doutrinárias é o intrincado problema da atribuição de cotas hereditárias na sucessão entre cônjuge ou companheiro e descendentes comuns e exclusivos (filiação híbrida). Os resultados obtidos reportam-nos à conclusão de que o companheiro teve seu direito sucessório colocado ora em posição de extrema inferioridade quando comparado ao do cônjuge. Em alguns casos, o desamparo é absoluto. Ora leva vantagens em determinadas situações. A conclusão sucinta sobre o tema pode ser assim sintetizada: se as alterações introduzidas pelo Código Civil, se de um lado reforçam a posição sucessória do cônjuge, de outro, ensejam reparos na colocação e redação de certos dispositivos, principalmente pela injustificável distinção estabelecida entre cônjuge e companheiro no que tange à herança.

Palavras-chave: Sucessão - Herança - Cônjuge - Companheiro - Código Civil.

ABSTRACT

The present objective work to approach the occurred alterations in the order of the legitimate succession, in special in what it ahead says respect to the succession of the spouse and the friend of the innovations brought for the Civil Code. The importance of the subject if must to the fact of that the legislative innovations are white of critical and proposals of alteration on the part of the doctrine, aiming at move away almost contradictions and harmonize it the rules in the new constitutional order. The used methodology was given through doctrinal studies and of the comparison the successory treatment of the spouse and the friend introduced for the Civil Code enters, with sights to the observance of the observed contradictions front to that it searches the equality constitutional order of the enters the decurrent familiar entities of the marriage or the steady union. It presents, didactically, some concepts that involve the subject for, at last, to enter in the new order of hereditary vocation, and to show to the stranger valuation of the spouse in the competition with the excessively inheriting ones with one complicated system of calculations of portions that they involve the allotment of the inheritance, beyond the shady regulation of the succession for the friend, pointing the critical one of some jurists how much to the absence of equality between this and the spouse front the new constitutional optics of giving to worthy protection all the family entities. Another point of prominence and source of heated doctrinal quarrels is the intricate problem of the attribution of hereditary quotas in the succession between common and exclusive spouse or friend and descendants (hybrid filiation). Results gotten in report them to the conclusion of that the friend had its placed successory right however in position of extreme inferiority when compared with the one of the spouse. In some cases, the abandonment is absolute. However it takes advantages in definitive situations. The brief conclusion on the subject can thus be synthecized: if the alterations introduced for the Civil Code, if of a side strengthen the successory position of the spouse, another one, try repairs in the rank and writing of certain devices, mainly for the unjustifiable distinction established between spouse and friend in what it refers to the inheritance.

Word-key: Succession - Inheritance - Spouse - Accompanying - Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 – NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	11
1.1 Constitucionalização do direito civil.....	11
1.2 Sucessão.....	12
1.3 Meação e herança.....	14
1.4 Capacidade sucessória.....	16
1.5 Herdeiros necessários: direito à legítima.....	16
1.6 Breve histórico da ordem de sucessão.....	17
1.7 Lei n. 4.121/1962 – Estatuto da Mulher Casada.....	20
1.8 Constituição Federal de 1988.....	20
1.9 A consagração da sucessão do (a) companheiro (a).....	21
1.10 A ordem de sucessão do cônjuge no Código Civil.....	23
CAPÍTULO 2 – HERANÇA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE.....	25
2.1 O Código Civil.....	25
2.2 Influência do regime de bens adotado.....	26
2.3 Sucessão do cônjuge sobrevivente.....	28
2.3.1 Em concorrência com os descendentes.....	28
2.3.1.1 <i>Concorrência e regime de bens.....</i>	<i>29</i>
2.3.1.2 <i>Descendentes comuns.....</i>	<i>33</i>
2.3.1.3 <i>Descendentes exclusivos do falecido.....</i>	<i>35</i>
2.3.1.4 <i>Descendentes comuns e exclusivos (filiação híbrida).....</i>	<i>35</i>
2.3.2 Em concorrência com ascendentes.....	41
2.3.3 Sem concorrentes ou pura e simples - totalidade da herança.....	42
2.3.3.1 <i>Cônjuge separado de fato – exame da culpa.....</i>	<i>43</i>
2.4 Direito real de habitação.....	47
2.5 Usufruto vidual.....	48
CAPÍTULO 3 - SUCESSÃO DO (A) COMPANHEIRO (A).....	50

3.1	Efeitos da nova ordem constitucional.....	50
3.2	União estável no Código Civil.....	52
3.3	Sucessão do (a) companheiro (a) no Código Civil.....	54
3.3.1	Concorrência com descendentes comuns.....	56
3.3.2	Concorrência com descendentes exclusivos.....	58
3.3.3	Concorrência com descendentes comuns e exclusivos (filiação híbrida).....	58
3.3.4	Concorrência com ascendentes.....	64
3.3.5	Concorrência com colaterais.....	65
3.3.6	Sucessão pura – totalidade da herança e concorrência com o Poder Público.....	66
3.4	Direito de usufruto.....	68
3.5	Direito real de habitação.....	69
3.6	Disputas entre companheiro e cônjuge separado de fato.....	70
 CAPÍTULO 4 – PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO NA ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.....		73
4.1	Considerações iniciais.....	73
4.2	Sucessão do companheiro.....	74
4.3	Ordem da vocação hereditária.....	75
4.4	Concorrências dos descendentes com cônjuge ou companheiro.....	76
4.5	Concorrências dos ascendentes com cônjuge ou companheiro.....	76
4.6	Cônjuge separado de fato.....	77
4.7	Direito real de habitação.....	77
4.8	Igualdade dos descendentes.....	78
4.9	Totalidade da herança ao cônjuge ou ao companheiro e posição dos colaterais.....	79
4.10	Exclusão do cônjuge do rol dos herdeiros necessários.....	79
 CONCLUSÃO.....		81
 REFERÊNCIAS.....		86
 ANEXO - PROJETO DE LEI N. 508, DE 19 DE MARÇO DE 2007.....		91

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a sucessão do cônjuge e do companheiro no Código Civil, na medida em que este consagrou uma nova sistemática no que diz respeito aos direitos sucessórios, trazendo inclusive algumas novas regras que serão analisadas.

A transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida está relacionada diretamente ao princípio da perpetuidade da propriedade, direito que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988). Essa transferência aos beneficiários, conforme se verá, pode dar-se por disposição de última vontade (testamento), que será restrita à metade do valor da herança caso haja herdeiros necessários, ou por determinação legal (sucessão legítima), que diz respeito à legítima, parte indisponível do patrimônio e reservada aos herdeiros por guardarem estreitos laços familiares com o autor da herança em razão do parentesco.

O Código Civil valorizou o cônjuge sobrevivente, o qual foi incluído na categoria dos herdeiros necessários e passou a concorrer com os descendentes, que conduz a uma inextrincável trama de cálculos das cotas, especialmente quando há filhos de diversas origens (filiação híbrida), isto é, deixados só pelo autor da herança e outros que sejam comuns ao autor da herança e ao cônjuge viúvo, e com os ascendentes no direito de herança, num árduo sistema de divisão de cotas. De outro lado sofreu restrições, como exemplo, a perda do direito a usufruto sobre parte dos bens.

O ordenamento jurídico prevê direito sucessório ao companheiro, porém de forma diferenciada: leva vantagem em alguns pontos em relação ao cônjuge, mas em outros, é tratado de forma nitidamente inferior.

Para demonstrar todas as questões polêmicas que envolvem o tema ora proposto, este trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos.

No primeiro foi feita uma antecipação de alguns conceitos básicos próprios e noções gerais ao direito sucessório. Não se fez uma análise perfunctória da evolução histórica do direito de sucessão, desde sua origem no direito romano até as mudanças atuais, nem sobre a legislação de outros países, assuntos que

necessitariam de uma vasta pesquisa e trabalho de campo específico. Apenas algumas citações esporádicas foram mencionadas. Também foi feita uma sucinta análise comparativa entre o disposto no Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 quanto à ordem de sucessão.

No segundo capítulo, então, foi dado prosseguimento à análise do tema com enfoque à sucessão do cônjuge, levando em conta a sistemática que introduziu uma lamentável miscelânea na distinção do concurso do cônjuge com filhos exclusivos do autor da herança e aqueles que sejam comuns ao cônjuge sobrevivente, sem previsão de forma de cálculo específico no caso de haver descendentes de híbrida origem (exclusivos e comuns), além de uma redação confusa envolvendo regime de bens do casamento. Ainda, vindo um dos cônjuges a falecer, enfrenta-se a questão de participação na herança por parte do sobrevivente, tido como viúvo, embora já não convivesse com o falecido: prazo estipulado de 02 (dois) anos e a intrincada possibilidade de discussão da culpa. Por fim, uma rápida análise dos institutos do direito real de habitação e do usufruto vidual do cônjuge.

Prosseguindo, no capítulo subsequente foi dado enfoque à sucessão do companheiro face ao Código Civil vigente, sempre enfocando as mudanças trazidas pelo diploma civil, além das principais críticas quanto à localização do dispositivo que regulou sua vocação hereditária, sua exclusão do rol do art. 1.829 como herdeiro necessário, bem como o difícil cálculo de divisão de cotas na concorrência com filiação híbrida. Teria o legislador ordinário obedecido os ditames constitucionais que consagraram a união estável como entidade familiar. Veremos que essa alocação defeituosa é de somenos importância. Outras disposições causam mais controvérsias se comparados os dispositivos concernentes ao companheiro com aqueles sagrados ao cônjuge sobrevivente, com altos e baixos em favor de um ou de outro, em demonstração de inaceitável descompasso legislativo e falta de sintonia com princípios constitucionais de proteção à entidade familiar, com ou sem casamento. Remanesce para o companheiro o intrincado sistema de divisão de cotas quando da existência de filiação híbrida sem solução aparente, apenas cálculos matemáticos. Discute-se, ainda, o retrocesso legislativo ao submeter o companheiro à concorrência com colaterais até o quarto grau.

No quarto e último capítulo foram apresentadas algumas propostas de alteração legislativa para tentar pacificar tantas discussões envolvendo o tema ora analisado.

Como fecho, as conclusões sobre a necessidade ou não de mudanças do ordenamento jurídico no plano da sucessão legítima para adequação aos preceitos constitucionais que determinam a proteção aos componentes da entidade familiar sob a ótica da igualdade e da preservação da dignidade da pessoa humana.

Feitas essas considerações iniciais, cabe aqui as pertinentes indagações de Euclides de Oliveira (2009, p. 7):

Teria acertado o legislador em valorizar sobremaneira o cônjuge na percepção dos bens da herança? Justificar-se-ia a indicação de certo(s) regime(s) de bens do casamento como pressuposto necessário para a admissão daquela atribuição patrimonial ao cônjuge sobrevivente, quando em concorrência com os descendentes do falecido? Qual teria sido o fundamento dessa opção do legislador do novo Código Civil? E mais: qual seria a razão da diferenciação de trato entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro do falecido, se, na verdade, seja por casamento, seja por união estável, havia entre as partes uma entidade familiar digna de igual proteção pelo Estado? A ausência de equalização entre cônjuge e companheiro sobreviventes, com vantagens e desvantagens que se alternam em relação a um e a outro, merece ser revista pelo legislador da reforma do Código Civil?

Teria, então, o Código Civil incidido em certos equívocos e perceptíveis omissões ao tentar reordenar a ordem da sucessão legítima, o que justificaria uma revisão de seu texto ou eventual solução jurisprudencial se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, mesmo que tardia, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais.

Toda a discussão do tema baseia-se na seguinte premissa: teria o Código Civil, que entrou em vigor mais de 14 anos depois da Constituição Federal, abolido, ou pelo menos minimizado, qualquer forma de discriminação que corra no sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme os ditames constitucionais que prescrevem a ampliação e igualdade de tratamento do conceito de família, sejam eles decorrentes do casamento ou da união estável, ou teria implementado manifesta falta de sintonia no tratamento jurídico dos membros da entidade familiar oriunda do casamento ou da união estável.

A matéria não se revela de fácil aplicação, quanto aqui se resume, todavia, intenciona-se demonstrar o maior número de hipóteses e questões que levem à reflexão e elucidação do tema.

CAPÍTULO 1 – NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A SUCESSÃO LEGÍTIMA

1.1 Constitucionalização do direito civil

Desde a entrada em vigor do Código Civil vem ganhando força a tese da constitucionalização do Direito Civil, estudando o direito privado à luz das disposições constitucionais fundamentais, colocando a pessoa em um patamar diferenciado, não visualizando unicamente o patrimônio do indivíduo, mas orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o tratamento igualitário ao cônjuge e companheiro na vocação hereditária.

Outros princípios basilares para a compreensão do Direito Civil igualmente despontam, ou se realizam, ou se transmudam, ou se revestem em outras matizes, tudo configurando para que esta nova principiologia de sustentação e amparo do Direito Privado, como um todo, resplandeça em busca dos ideais de justiça e de valorização da vida e da paz.

A síntese se baseia na seguinte premissa: o Estado deve possuir uma Constituição e que esta deve conter limitações ao poder autoritário e regras de prevalência dos direitos fundamentais. Nessa esteira, podemos dizer que o constitucionalismo do futuro, como bem anota José Roberto Dromi (1997 *apud* Lenza, 2008, p. 7-8), quando se fala na constituição do “*por vir*”:

“deve ser influenciado até identificar-se com a verdade (a constituição não pode mais gerar falsas expectativas. O constituinte só poderá ‘prometer’ o que for viável de cumprir, devendo ser transparente e ético); a solidariedade (trata-se de nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social); o consenso (a constituição do futuro deverá ser fruto de consenso democrático); a continuidade (ao se reformar a constituição, a ruptura não pode deixar de levar em conta os avanços já conquistados); a participação (refere-se à efetiva participação dos ‘corpos intermediários da sociedade’, consagrando-se a ideia de democracia participativa e de Estado de Direito Democrático); a integração (trata-se da previsão de órgãos supranacionais para a implementação de uma integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos); e a universalidade (consagração dos direitos fundamentais

internacionais nas constituições futuras, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal e afastando, assim, qualquer forma de desumanização).”

Nessa linha de pensamento, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2005, p. 11 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 3), assim se manifesta:

O “novo perfil do Direito das Sucessões, devidamente constitucionalizado, deve especialmente abranger valores existenciais”. Como exemplo, aponta que, no segmento da ordem de vocação hereditária, deve aplicar-se tratamento igualitário ao cônjuge e ao companheiro na concorrência com descendentes e ascendentes, o mesmo se dando na destinação da sucessão legítima ou da testamentária em favor dos filhos, sem distinção de sua origem.

Lembra o mesmo autor que:

“a concorrência sucessória, tal como regrado no Código Civil, ‘propicia a concretização dos princípios da eticidade (sob o prisma da dignidade da pessoa humana daqueles que, autenticamente, mantiveram relações familiares com o falecido até o fim da existência deste); da socialidade (levando em conta o solidarismo social que enfeixa todas as relações jurídicas do sistema jurídico); e da operabilidade (diante da indispensabilidade de as normas jurídicas se tornarem mais próximas da realidade social, sem o distanciamento que tradicionalmente se verificou, especialmente sob a égide do Código Civil de 1916)’”.

Sob esse aspecto, teria o Código Civil abolido qualquer forma de discriminação que corra no sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme os ditames constitucionais que prescrevem a ampliação e igualdade de tratamento do conceito de família, sejam eles decorrentes do casamento ou da união estável, ou teria implementado manifesta falta de sintonia no tratamento jurídico dos membros da entidade familiar oriunda do casamento ou da união estável.

1.2 Sucessão

O direito das sucessões é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio ativo e passivo de alguém, depois de sua morte, em

virtude de lei ou testamento. Está regulado nos arts. 1.784 a 2.027 do CC. A Constituição Federal assegura o direito de herança no inciso XXX do art. 5º, que tem como fundamento a propriedade, conjugada ou não com o direito de família.

Nesse sentido as palavras de Oliveira (2009, p. 50):

De origem latina, a palavra “sucessão” significa, dentre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem. Dá ideia de substituição de pessoas no desempenho de certa atividade, cargo ou função, como de uso na atuação política ou empresarial, ou da transmissão da propriedade de bens pela troca dos titulares, tal o seu emprego nos negócios jurídicos, em que ao alienante sucede o adquirente.

A palavra sucessão define o ato de suceder, ou seja, substituição de uma pessoa por outra, em caráter não transitório, na titularidade do conjunto de bens deixado pelo morto.

O princípio básico que rege a abertura da sucessão, também chamada de delação ou devolução sucessória, é o *Droit de Saisine* (*druá dê cesíni* – direito de posse imediata), segundo o qual se transmite automaticamente o domínio e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cuius* (expressão latina abreviada da frase *de cuius successione agitur* – aquele de cuja sucessão se trata, também chamado de autor da herança), sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato (art. 1.784 CC).

Verificam-se três espécies de sucessão:

1 - Sucessão legítima: a decorrente de disposição legal, segundo comando indicando quem deve receber a herança e a ordem sucessória. É a mais comum, pois a sucessão testamentária é pouco utilizada no Brasil pela falta de costume em se fazer um testamento;

2 – Sucessão testamentária: a regra é aquela descrita no testamento deixado pelo falecido. Se não há herdeiros necessários, poderá testar 100% do seu patrimônio, mas se os tenha poderá testar somente 50%, que corresponde a sua parcela disponível;

3 – Sucessão mista: aplicam-se as regras descritas na lei e a prevista no testamento. A pessoa deixa um testamento contemplando somente parte de seu patrimônio.

A sucessão não necessita da prática de qualquer ato. Entretanto, deve-se proceder a um inventário para se verificar o que foi deixado e o que foi transmitido.

Só se abre a sucessão se o herdeiro sobrevive ao *de cuius*. O herdeiro que sobrevive ao *de cuius*, ainda que um instante, herda os bens por ele deixados e os transmite aos seus sucessores, se falecer em seguida. Basta apurar sua capacidade sucessória.

A sucessão independe do regime de bens adotado. É conferida em razão do *status* de consorte. Os bens pertenciam ao falecido, sendo deferida ao cônjuge ou companheiro a título gratuito *causa mortis*.

1.3 Meação e herança

A meação é o patrimônio comunicável durante o casamento. Refere-se ao regime de bens, oriundo do matrimônio, que pode ser reconhecido em vida, quando houver separação judicial ou divórcio. Sendo o regime do casamento ou da união estável o da comunhão (universal ou parcial, ou até mesmo o novo regime da participação final nos aquestos), terá o cônjuge sobrevivente, por ocasião da morte do consorte, direito à partilha dos bens comuns. Tem-se, aí, a figura da meação. Os bens já pertenciam ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, embora eventualmente estivessem em nome do falecido.

Meação significa metade dos bens comuns, comunicáveis entre os cônjuges, e não de todo o patrimônio deixado pelo falecido.

O objeto da sucessão em razão da morte é a herança, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cuius*, que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do morto.

A herança também é reconhecida como espólio ou monte. Trata-se de uma universalidade de bens sem personalidade jurídica, um patrimônio único (conjunto de direitos e obrigações), representado pelo inventariante, até a homologação da partilha. É indivisível até a partilha. Uma espécie de condomínio fechado. Os herdeiros possuem uma parte ideal da herança. Não há a especificação da sua cota, o que se dá somente após a partilha.

Cumpra, assim, rechaçar, qualquer distinção entre herança e meação:

1. Herança é o patrimônio deixado pelo morto e transmissível aos seus sucessores; meação é o patrimônio comunicável durante o casamento, devendo ser apurada sempre que dissolvida a sociedade conjugal;
2. Herança é direito sucessório, cujo fato gerador é a morte do titular do patrimônio; meação é direito oriundo do matrimônio, que pode ser reconhecido em vida, quando houver separação judicial ou divórcio.

A meação varia conforme o regime de bens, a saber:

- a. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente durante o casamento. Igualmente, no regime de participação final nos aquestos;
- b. No regime da comunhão universal, comunicam-se todos os bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ainda que adquiridos a título gratuito;
- c. No regime de separação, comunicam-se apenas os bens adquiridos com esforço comum.

Por tudo isso, o cônjuge pode ser:

1. Meeiro e herdeiro: *e.g.* meeiro sobre os aquestos e herdeiro sobre os bens particulares, se casado no regime da comunhão parcial de bens (ou, de igual forma, do regime da participação final nos aquestos, muito embora o art. 1.829 não inclua este regime nas ressalvas de concorrência);
2. Meeiro sem ser herdeiro: *e.g.* casado no regime da comunhão universal de bens;
3. Herdeiro sem ser meeiro: *e.g.* casado no regime da separação convencional de bens;
4. Nem herdeiro nem meeiro: *e.g.* casado no regime de separação obrigatória de bens.

1.4 Capacidade sucessória

Capacidade sucessória ou vocação hereditária é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido no tempo da abertura da sucessão (art. 1.798 CC).

São requisitos da capacidade sucessória:

- morte do autor da herança;
- pessoa sobreviva ao sucessor ou já concebida no momento da abertura da sucessão;
- herdeiro humano: o nascituro, apesar de não ser pessoa, tem direito à herança em razão da expectativa de vida, portanto expectativa de direito, que estão em estado potencial, sob condição suspensiva. Só terão eficácia se nascer com vida.

A pessoa jurídica só sucede por testamento, assim como filhos ainda não concebidos de pessoas designadas pelo testador e vivas ao abrir-se a sucessão, e prevalece somente pelo prazo de 2 (dois) anos.

Os herdeiros podem ser classificados em legítimos, necessários e testamentários: legítimos são os contemplados em lei segundo uma ordem de preferência; necessários são os descendentes (filhos, netos, bisnetos, etc.), os ascendentes (pais, avós, bisavós, etc.) e o cônjuge. A lei garante aos herdeiros necessários o direito à legítima, ou seja, a metade dos bens do falecido. A outra parte, chamada de disponível, pode ser deixada livremente; testamentários são os que foram contemplados por um testamento.

1.5 Herdeiros necessários: direito à legítima

Na sucessão legítima, algumas pessoas se colocam em posição não apenas de prioridade com relação às remanescentes, como também em situação de privilégio ante a vontade do falecido, obstando à sua livre disposição. São os

chamados herdeiros necessários, exatamente porque se colocam, de forma necessária, no rol dos sucessíveis com relação a determinada quota da herança, que se torna indisponível. Tais herdeiros são pessoas que mantêm com o falecido um vínculo de direito de família, oriundo do parentesco consanguíneo em linha reta (ascendente ou descendente) e na linha colateral até o 4º grau, do casamento ou ainda da união estável. O parente por afinidade não terá direito sucessório na sucessão legítima.

A essa parte indisponível da herança o Código chama de “legítima” (art. 1.789 e 1.846 CC). O valor da legítima corresponde à metade da herança e apura-se sobre o total dos bens (herança, não a meação do cônjuge sobrevivente, conforme distinção já feita) existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação – doações feitas em vida aos descendentes ou ao cônjuge (art. 2.003 CC).

Importa destacar que eram considerados herdeiros necessários no Código Civil de 1916 apenas os descendentes e os ascendentes do falecido. No Código atual, o cônjuge também obtém tal privilégio, além de outras vantagens na ordem de vocação hereditária, pela concorrência com os descendentes e os ascendentes do falecido.

Sobre essa colocação do cônjuge como herdeiro necessário, Euclides de Oliveira (2009, p. 55-56), assim manifesta-se:

(...) cabe adiantar séria crítica por constituir cerceio à liberdade testamentária e dificuldades no planejamento sucessório dos próprios cônjuges, quando a pretensão do titular dos bens fosse a de manter seu patrimônio dentro da classe de seus sucessores parentes, especialmente quando tenha filhos de anterior união, tendo optado, em razão disso, pelo regime de separação convencional absoluta de bens.

1.6 Breve histórico da ordem de sucessão

A transmissão dos bens da pessoa falecida dá-se em favor dos sucessores, pessoas que a lei contempla com este direito, segundo determinada escala de

preferência a que se denomina ordem de vocação hereditária. Essa é a sucessão legítima.

Há também a possibilidade do autor da herança expressar sua vontade por instrumento específico (testamento ou codicilo), ordenando que, em razão de sua morte, os bens passem à propriedade de certas pessoas por ele designadas. Ocorre, então, a sucessão testamentária, que prefere à sucessão legítima, salvo para certas categorias de herdeiros que a lei beneficia como necessários, reservando-lhes pelo menos a metade da herança, assim indisponível por vontade do testador.

Na Consolidação das Leis Civis, verdadeiro Código Civil do período imperial, em 1858, a sucessão legítima deferia-se na seguinte ordem (OLIVEIRA, 2009, p. 24):

- I. Aos descendentes;
- II. Na falta de descendentes, aos ascendentes;
- III. Na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau;
- IV. Na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente;
- V. Ao Estado em último lugar.

Havia, porém, uma forte distinção entre filho legítimo, ilegítimo natural e ilegítimo adulterino, incestuoso ou sacrílego (filho de clérigo), além de vários outros fatores de discriminação. A dificuldade prática de atribuição da herança era um verdadeiro malabarismo. Verificava-se a prevalência do parentesco sobre o cônjuge e a discriminação à posição sucessória pela natureza da filiação e forma de constituição da família de origem.

Surgiu, naquela época, a restrição quanto à liberdade de testar, decorrente do direito à legítima, assegurado aos herdeiros necessários: descendentes e ascendentes. Caso não houvesse referidos herdeiros legítimos, toda a herança poderia ser despojada em favor de terceiros por via testamentária, deixando o cônjuge sem nada.

O antigo Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, em seu art. 1.603, estabeleceu a nova ordem de vocação hereditária, mantendo, porém, a tradição romana de sucessão por classes de herdeiros e, dentro de cada classe, a preferência do grau mais próximo de parentesco. Manteve o descendente e o ascendente como únicos herdeiros necessários, e deferia a sucessão na seguinte ordem:

- I. Aos descendentes;
- II. Aos ascendentes;
- III. Ao cônjuge sobrevivente;
- IV. Aos colaterais: até o 6º grau, em sua redação original, mas reduzido para o 4º grau pelo Decreto-Lei n. 9.641, de 15 de julho de 1946;
- V. Ao Município, ao Distrito Federal ou à União: originalmente a União, depois o Estado, segundo a Lei n. 8.049, de 20 de junho de 1990, e, numa terceira modificação legislativa, a ordem mencionada.

Um resquício de discriminação em relação aos filhos adulterinos e incestuosos ainda influenciava e alterava em muito a distribuição das cotas hereditárias.

Ao cônjuge sobrevivente, embora não considerado necessário e terceiro na ordem de vocação (direito à sucessão somente na falta de descendentes e ascendentes), se resguardava uma participação por direito real nos bens atribuíveis a esses parentes: usufruto viual e direito real de habitação no imóvel residencial do casal, conforme se verá detalhadamente adiante.

O Código Civil de 1916 arrolava o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (art. 1.603). Foi um grande avanço em relação à legislação anterior, que tratou o cônjuge em quarto lugar na ordem, após os colaterais, sendo que estes herdavam até o 10º grau. Entretanto, não era considerado herdeiro necessário (art. 1.721), o que vale dizer que o falecido podia afastá-lo da sucessão, apenas dispondo de todos os seus bens em testamento em favor de terceiros.

Nessa esteira, cabe aqui mencionar as palavras de Euclides de Oliveira (2009, p. 30):

Do que se verifica, o direito sucessório no Código Civil apresentava-se atrelado aos antigos princípios de atribuição preferencial da herança aos parentes, mas com realinhamento do direito do cônjuge, que passara a terceiro, antecedendo aos colaterais, desde a “Lei Feliciano Pena”, de 1907. Também se observa o tratamento discriminatório que o Código destinava aos descendentes, em razão de sua origem, o que veio a ser corrigido pelas regras constitucionais de igualdade. E a mesma distinção se notava no absoluto desprezo à família de fato, não formalizada por casamento, apenas se preocupando, o legislador da época, em estabelecer reprimendas patrimoniais ao concubino, até que veio a importante modificação no trato do ente familiar pela Constituição Federal de 1988.

1.7 Lei n. 4.121/1962 – Estatuto da mulher casada

Como vimos, o cônjuge poderia ficar completamente desassistido após a morte do seu consorte, caso este fizesse testamento de seus bens em favor de terceiros, pois não era considerado herdeiro necessário. Somente com o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, foram introduzidos no Código Civil de 1916 o instituto do usufruto viual e o direito real de habitação, acrescentados aos §§ 1º e 2º do art. 1.611 do citado diploma legal.

Usufruto viual era o direito que se dava ao cônjuge viúvo, se o regime de bens não era o da comunhão universal, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, ou à metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem os ascendentes do falecido.

Também ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, seria assegurado, sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único imóvel a inventariar. Entretanto, se o cônjuge supérstite contraísse novo casamento perdia esse direito.

1.8 Constituição Federal de 1988

Somente com a previsão assente no art. 226, § 3º, da CF, foi revogada a odiosa distinção ao trato dos filhos pela origem, bem como da origem familiar (casamento ou união estável).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3.º Para efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 227. [...]

[...]

§ 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.

O princípio igualitário estendeu-se também ao plano da formação da família. Nesse ponto, mostram-se de grande impacto as inovações introduzidas: primeiro por se proclamar que a entidade familiar pode ser formada pelo casamento, pela união estável e pela comunidade constituída de qualquer dos pais e de seus descendentes (família monoparental) ¹, todas dignas de proteção; segundo por reeditar a norma de plena igualdade de marido e mulher no casamento; terceiro, por garantir tratamento igualitário a todos os filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, vedada qualquer forma de discriminação relativa à sua origem.

1.9 A consagração da sucessão do (a) companheiro (a)

Em consonância com as inovações constitucionais nos planos do direito de família e do direito das sucessões, foram editadas algumas leis especiais.

Com a edição da Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, reconheceu-se e regulamentou-se o direito sucessório do companheiro sobrevivente, de forma análoga à garantida para o cônjuge viúvo. Nos termos destas leis, as pessoas que viviam com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, participariam da sucessão do (a) companheiro (a) nas seguintes condições:

- a) A totalidade da herança, se o falecido não deixou descendentes nem ascendentes;

¹ A doutrina ainda reconhece as famílias “anaparentais”, ou seja, sem pai nem mãe, de larga frequência em alguns segmentos sociais, e a família homoafetiva (união conjugal entre pessoas do mesmo sexo).

- b) O direito de usufruto sobre a metade dos bens do *de cuius*, se havia descendentes;
- c) O direito de usufruto sobre um quarto dos bens do *de cuius*, se havia ascendentes;
- d) O direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência à família.

Nascia, aí, portanto, o direito sucessório e direito ao usufruto vidual, em condições muito semelhantes às do cônjuge. O direito real de habitação foi inserido pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96, também em condições muito parecidas com as dos cônjuges. Estabeleceu-se, assim, a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros em termos de direitos sucessórios.

Consagrando a evolução legislativa, o Código Civil, no art. 1.790, 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 um terço da herança;

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

Esqueceu-se o atual Código, contudo, do companheiro, que não foi também arrolado como herdeiro necessário. Pelo motivo de estar fora da ordem de vocação hereditária, Maria Helena Diniz entende que o companheiro passa a ser um sucessor regular, algo como um credor da herança, o que faria dele um herdeiro *sui generis*. Entretanto, esta posição é minoritária, já que a doutrina, em sua grande maioria, entende que o companheiro é herdeiro legítimo, segundo o argumento de que a regra está topicamente mal alocada no Código (2007, p. 142 *apud* Cassettari, 2008, p. 98). Este ponto, porém, não é pacífico entre os doutrinadores.

Vale mencionar que as legislações de França, Portugal, Itália, Espanha, Alemanha, Argentina, Chile e Cuba não prevêm a sucessão hereditária do

companheiro, salvo a testamentária, desde que respeitada a sucessão legítima, caso haja herdeiros necessários.

1.10 A ordem de sucessão do cônjuge no Código Civil

Depois de anos de evolução legislativa, passou a ser delineada nova figuração no plano sucessório, especialmente no que diz respeito à igualdade de direitos dos herdeiros em consonância com os ditames constitucionais.

Deu-se o deságue com o Código Civil, Lei n. 10.416, de 11 de janeiro de 2002, incorporando os direitos do companheiro na sucessão legítima e reforçando a posição do cônjuge sobrevivente, além de submeter a ordem de vocação hereditária ao regime concorrential do cônjuge com descendentes e ascendentes do falecido, embora num intrincado sistema de condicionamentos e cotas variáveis conforme se examinará adiante, nos Capítulos 2 e 3 deste trabalho.

Nos termos do art. 1.829 do CC, a sucessão obedece à seguinte ordem:

- I. Aos descendentes (filhos, netos, bisnetos, tataranetos etc.), em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação obrigatória de bens, ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II. Não havendo descendentes, aos ascendentes (pai, avós, bisavós, trisavós, tataravós etc.) em concorrência como o cônjuge;
- III. Inexistindo ascendentes ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens do casamento;
- IV. Não falta de descendentes, ascendentes e cônjuge, sucederão os colaterais até o quarto grau (2º grau - irmão, 3º grau - sobrinho, 3º grau - tio, 4º grau - sobrinho-neto, 4º grau – tio-avô e 4º grau – primo-irmão).

Uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente. Por exemplo: os ascendentes só serão chamados se não houver descendentes. Dentro de uma classe, o grau mais próximo, em princípio, exclui o

mais remoto (filho exclui neto). Os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente são considerados herdeiros necessários. Todos os filhos herdaram em igualdade de condições.

A nova redação valoriza a posição do cônjuge, que passa a concorrer com os herdeiros da primeira e da segunda classe.

Como visto, o rol de herdeiros sucessíveis do Código Civil não menciona o companheiro, que é tratado em capítulo precedente (art. 1.790 CC).

Do mais, apesar da omissão na ordem sucessória, cabe fazer referência à posição do Poder Público que ainda conserva seu direito à percepção da totalidade da herança se não houver sucessores legítimos ou testamentários, caso em que a herança será declarada vacante.

CAPÍTULO 2 - HERANÇA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

2.1 O Código Civil

O código civil inovou intensamente a matéria relativa à sucessão do cônjuge e do companheiro, principalmente quanto àquele. Houve a valorização da posição sucessória do cônjuge, que passa a concorrer com os descendentes e com os ascendentes e mantém o direito de recebimento da totalidade da herança na falta daqueles parentes do falecido, além de conservar o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência ao casal. Prevalece, ainda, a preferência por determinadas pessoas, que se acham ligadas ao autor da herança por laços familiares ou de parentesco, ditando uma ordem de chamada.

Do mais, o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário, significando direito à legítima, tornando-se, pois, partícipe da herança ainda mesmo contra a vontade do outro cônjuge, o que, em determinadas situações, pode configurar inadmissível demasia.

Sobre a inovação, Inácio de Carvalho Neto (2004, p. 111), nos dá a seguinte opinião:

Isto significa dizer que o cônjuge não pode mais ser afastado da sucessão por mero capricho do *de cuius*, simplesmente testando em favor de terceiro. Somente por meio da deserdação poderá o testador afastar seu cônjuge da sucessão. Mas aqui também reside o maior defeito do novo Código nesse campo: embora o cônjuge passe a ser herdeiro necessário, não cuida o novo diploma da sua deserdação. Com efeito, embora o art. 1.961 preveja a deserdação dos herdeiros necessários (aí incluído o cônjuge) e os dois artigos seguintes tratem, respectivamente, das causas de deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes por seus descendentes, não há no novo Código algum dispositivo que preveja as causas de deserdação do cônjuge.

Não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges. Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserddado.²

² Vide, a propósito, o Projeto de Lei n. 6.960/02, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, que pretende acrescentar o art. 1.963-A, com a seguinte redação: “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

Entretanto, a grande crítica da doutrina refere-se ao tratamento dado ao companheiro pela nova sistemática jurídica quando o distanciaram da sucessão do cônjuge em algumas questões. Se a legislação já os equiparava, não havia razão para diferenciar cônjuge e companheiro em matéria sucessória.

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

Feitas estas considerações iniciais, passemos à análise da complexa e de difícil solução da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes que, em muitas hipóteses, por relacionada a regime matrimonial de bens, e devido a consequências diversas no valor de atribuir sua cota, conforme sejam os descendentes só do autor da herança, ou comuns a ele e ao cônjuge viúvo.

2.2 Influência do regime de bens adotado

Os regimes de bens no Código Civil dividem-se em: a. comunhão universal (se comunicam todos os bens, havidos antes ou depois do casamento – mesmo se decorrentes de doação ou herança); b. comunhão parcial (comunicam somente os bens adquiridos onerosamente durante o casamento); c. separação de bens, convencional ou obrigatória, em que os cônjuges permanecem com a propriedade exclusiva dos bens adquiridos a qualquer tempo; d. participação final nos aquestos (cada cônjuge possui patrimônio próprio, formado pelos bens que possuía ao casar e os adquiridos, a qualquer título, durante o casamento (aquestos), sendo que, à época da dissolução do casamento, faz-se a partilha do patrimônio adquirido onerosamente durante a vida em comum).

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.”

O regime de bens tem importância para definição da meação e para o reconhecimento do direito de concorrência de herança do cônjuge com descendentes, além de resguardo ao seu direito de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal.

O art. 1.829, I, do CC³, ao tratar da concorrência do cônjuge com os descendentes, traz algumas exceções para as hipóteses de casamento no **regime da comunhão universal**, no **regime da separação obrigatória de bens**, e se, no **regime da comunhão parcial**, **o auto da herança não deixou bens particulares**. Conclui-se que **somente haverá concorrência** do cônjuge com descendentes **se casado foi no regime de separação convencional ou de participação final nos aquestos**.

Por outro lado, a concorrência do cônjuge com ascendentes dar-se-á em qualquer circunstância, não importa o regime de bens, nos termos dos art. 1.829, II, e 1.837 do CC.

Por fim, o cônjuge será herdeiro do outro, qualquer que seja o regime de bens adotado, desde que o falecido não tenha deixado descendentes nem ascendentes, salvo se estava separado de fato há mais de dois anos por culpa sua (art. 1.830 CC).

O critério adotado pelo legislador para estabelecer tais restrições se deve ao fato de o cônjuge ser meeiro, o que afasta seu direito de concorrer na herança com os descendentes, quando o regime adota por ocasião do casamento for o de comunhão universal ou, se no regime da comunhão parcial, o falecido não deixou bens particulares, evitando-se, assim, excessiva atribuição de bens, que se daria na cumulação dos direitos de meação e herança. Pecou, porém, o legislador ao deixar de utilizar o mesmo critério para o companheiro sobrevivente de uma união estável. A esse respeito, assevera Euclides de Oliveira (2009, p. 99):

Aí se dispõe, de modo paradoxal, que o companheiro concorre na herança com descendentes e outros parentes sucessíveis, sem distinguir regime de bens, mas assentando que o direito sucessório incide sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência. Ora, sobre tais bens já existe o direito de meação, de modo que, em tal hipótese, o companheiro leva indevida vantagem em relação ao cônjuge, pois, mais que este, aquele recebe também a herança proporcional ao quinhão dos descendentes.

³ O dispositivo contém errada menção ao art. 1.640, parágrafo único; a referência correta seria ao art. 1.641, relativo ao regime de separação obrigatória de bens.

2.3 Sucessão do cônjuge sobrevivente

A primeira grande inovação foi ter o legislador colocado o cônjuge como herdeiro também nas duas primeiras classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes e os ascendentes. Assim, dispõe o art. 1.829 CC:

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

I - aos descendentes, **em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, **em concorrência com o cônjuge**;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

2.3.1 Em concorrência com os descendentes

Pelo citado artigo, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se for casado 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. Portanto, herda o cônjuge se for casado com regime de separação total de bens, participação final nos aquestos ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens.

Este inciso é o mais complexo e o que apresentar maiores dificuldades. Sua análise deve ser feita, necessariamente, em dois aspectos:

a) a condição de concorrência do cônjuge com os descendentes, conforme seja o regime de bens do casamento: que atua como direcionador do direito de herança;

b) o cálculo da cota do cônjuge, segundo a origem dos descendentes com os quais esteja concorrendo: variável pela quantidade e origem dos descendentes.

2.3.1.1 Concorrência e regime de bens

O Código Civil valorizou a posição sucessória do cônjuge elevando-o à posição de herdeiro necessário (com direito à legítima – metade do valor da herança). Na legislação anterior, ao cônjuge restava apenas a concessão dos direitos de usufruto ou de habitação, e direito sucessório apenas na falta de descendentes e ascendentes.

Entretanto, essa inovação não foi acolhida com louvores pelos especialistas na matéria. Alguns chegam a apontar como única saída a declaração de inconstitucionalidade dos art. 1.829 e 1.845, ambos do CC. Entende Maria Berenice Dias (2004, p. 438 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 102) que:

Caso não se visualize a necessidade social de modificar a lei, as mudanças introduzidas revelam-se despiciendas, não se justificando as alterações levadas a efeito. Geram tantas e tão absurdas conseqüências, que a única solução que se avizinha é abstrair as novidades do texto normatizado.

Tudo conclama pela exclusão do cônjuge do rol de herdeiros necessários. Mas, por enquanto, a lei vigora.

Conforme examinado, o pressuposto da lei para a limitação quanto ao regime de bens é de que, havendo comunhão universal, e no regime de comunhão parcial em que não haja bens particulares do falecido, não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes. Somente no caso de regime da separação convencional de bens, da comunhão parcial se o autor da herança houver deixado bens particulares, e da participação final nos aquestos. Tal conclusão decorre da interpretação *contrario sensu* do citado art. 1.829.

Com a redação ambígua que assegura como regra geral, o direito de concorrência, para em seguida estabelecer as exceções às hipóteses de concorrência, surgem as dúvidas trazidas pela doutrina e que se acham sob embrionária interpretação jurisprudencial. Nesse sentido (OLIVEIRA, 2009, p. 105):

Exatamente por essa falha na legislação, tem prevalecido a interpretação doutrinária e jurisprudencial de que a literalidade do texto do art. 1.829, I, do Código Civil estabelece, com clareza, a regra geral da concorrência do cônjuge com os descendentes e somente como exceção a não concorrência, nas hipóteses expressamente mencionadas de certos

regimes de bens, sem abranger o regime da separação de bens decorrente de pacto antenupcial, feita por convenção das partes⁴.

O regime da separação de bens, feito por escritura de pacto antenupcial, pode levar à separação total e absoluta ou à separação limitada, restrita a certos bens da herança. Neste caso, pela letra fria da lei que não ressalva uma ou outra, o concurso se estende a todos os bens, beneficiando duplamente o cônjuge (meação sobre os bens não abrangidos no regime de separação e sobre eles e os demais direitos sucessórios concorrentes com os herdeiros). Essa é apenas uma causa da omissão legislativa.

No que tange ao regime de separação obrigatória de bens, paira na doutrina a discussão sobre a real intenção do legislador. Para uma primeira corrente aludido regime é aquele imposto por lei, nos casos do art. 1.641 do CC. Outra parte entende que se trata do regime de separação convencional, isto é, escolhido livremente pelos nubentes por intermédio de pacto antenupcial. Esse último entendimento se deve ao fato de o art. 1.829, I, referir-se à separação obrigatória, colocando entre parênteses o parágrafo único do art. 1.640, que é o dispositivo que cuida do pacto antenupcial. A celeuma criada pelo legislador é gritante, razão pela qual alguns autores sugerem a interpretação ab-rogante daquilo que foi colocado entre parênteses, desconsiderando-se a menção ao parágrafo único do art. 1.640. Em resumo, prevalece a primeira corrente no sentido de que a expressão “separação obrigatória” deve ser compreendida como sendo a imposta por lei, independentemente de pacto antenupcial.

Quanto ao regime da comunhão parcial de bens (isto é, ao não firmar pacto antenupcial), a dúvida surge por causa da confusa redação do comentado art. 1.829, I, do CC, que:

(...) principia com a regra geral da concorrência e depois coloca o “salvo se”, referindo-se ao casado no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens. Na seqüência, separada por ponto e vírgula, vem nova ressalva: “ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”. Dependendo de como se harmonizem a preposição “salvo” e a conjunção condicional “se”, uma independente da outra, ou uma em complemento da outra, pode concluir-se

⁴ Inventário. Viúva casada com o autor da herança no regime da separação convencional de bens. Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido. Inteligência do art. 1.829, I, do Código Civil. Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime de casamento for o da separação obrigatória de bens. (TJSP, AI 313.414-4/1, 3ª Câm. Direito Privado, rel. Des. Flávio Pinheiro, DOESP 16-12-2003, v.u.)

que a concorrência do cônjuge com os descendentes acontece: a) no regime da comunhão parcial, não havendo bens particulares, ou b) no regime da comunhão parcial, havendo bens particulares. (OLIVEIRA, 2009, p. 106-106)

Para Maria Berenice Dias, se o casamento tiver sido celebrado no regime da comunhão parcial, e não houver bens particulares, estaríamos numa hipótese de concorrência, já que o ponto e vírgula é utilizado para estabelecer o seccionamento de idéias. Defende a citada doutrinadora que só seria justo o cônjuge concorrer com o descendente, na hipótese do regime da comunhão parcial, quando não houver bens particulares, para que a mesma se dê nos bens comuns, que foram amealhados com o concurso de esforços entre o casal (2007, p. 1 *apud* Cassettari, 2008, p. 108).

Prevalece na doutrina, porém, que o direito de herança do cônjuge, em concorrência com os descendentes, ocorre se o autor da herança houver deixado bens particulares. Assim é que, para José Carlos Teixeira Giorgis (2005, p. 116):

“na situação em exame, a posição majoritária cogita que a parte sobrevivente participa por direito próprio dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro integrante do casal, e herda, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de primeira classe, uma quota parte dos bens particulares exclusivos do cônjuge falecido, sempre que não foi obrigatória a separação relativamente aos quais o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação, serão partilhados entre ele, sobrevivo, e os descendentes do finado, por motivo da sucessão *causa mortis*.”

Assim, o entendimento dominante é que o ponto-e-vírgula descrito na norma possui sentido de vírgula, motivo pelo qual não estabelece o seccionamento, mas sim a junção de ideias.

No regime da comunhão universal de bens ou comunhão parcial, o cônjuge terá metade dos bens comuns do casal. É a meação, que não se confunde com a herança. Na meação os bens comuns são divididos; a porção ideal dos bens já lhe pertencia mesmo antes da morte do *de cuius*. Já a herança é a parte de seu cônjuge falecido.

Assim, se o falecido não possuía bens particulares, o cônjuge sobrevivente não será herdeiro, mas tem assegurada a sua meação, sendo o regime de comunhão universal ou parcial de bens. Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá parcela sobre todo o acervo hereditário. O cônjuge

sobrevivente terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer (art. 1.832 CC).

A doutrina ainda discute o porquê da exclusão de concorrência na herança quando o viúvo tenha sido casado sob o regime de comunhão universal. A lógica seria responder: evitar acumulação de herança com meação na partilha. Ressalte-se, porém, que há casos em que o cônjuge não tem direito à meação, por subsistirem bens gravados com a cláusula de incomunicabilidade. Nesse caso, o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação nem concorre na herança. O rigor se dá pelo fato de que se casado fosse no regime de separação convencional de bens, haveria o direito de herança sobre imóvel daquela natureza. Como solucionar a discrepância. Só os tribunais poderão interpretar o dispositivo para estender, em favor do cônjuge casado no regime da comunhão universal, o direito de herança concorrente com descendentes mesmo sobre bens particulares, uma vez que sobre eles não lhe cabe a meação.

Sobre o regime de participação final nos aquestos (separação durante, e comunhão parcial após a dissolução do casamento), entende-se que se aplicam as mesmas regras da comunhão parcial no tocante à concorrência do cônjuge com os descendentes, ou seja, concorrência incidente apenas sobre os bens particulares do falecido. Veja-se o Enunciado n. 270 do Conselho da Justiça Federal:

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

Referido enunciado questiona a não aplicação da regra da concorrência na hipótese de comunhão parcial, para o regime de participação final nos aquestos, que em muito se assemelha àquele, razão por que também deveria se verificar a existência ou não de bens particulares para determinar se haveria, ou não, concorrência do cônjuge com o descendente.

Posto isto, verifica-se a dificuldade imposta pela norma, pois ao ler no artigo as hipóteses de não concorrência, temos que prognosticar quais são as hipóteses de concorrência. Elidindo dúvidas, podemos assim concluir: comunhão universal,

separação obrigatória e comunhão parcial – se não houver bens particulares, não há concorrência; nos regimes de participação final nos aquestos, separação convencional e comunhão parcial – existindo bens particulares, há concorrência.

2.3.1.2 *Descendentes comuns*

O art. 1.832 do Código Civil estabelece que: “Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

Hipóteses:

- a. Se o falecido deixa esposa e até três filhos vivos, A, B e C, a herança é dividida em quatro partes: $\frac{1}{4}$ para o filho A, $\frac{1}{4}$ para o filho B, $\frac{1}{4}$ para C e $\frac{1}{4}$ para a esposa. Considera-se, pois, a cota individual de cada um como parâmetro para igual atribuição ao cônjuge;
- b. Se o falecido deixa esposa, um filho pré-morto (com descendentes – netos), e outros dois vivos, o que se considera é o valor que seria devido àquele, em concurso com descendentes do mesmo grau, ou seja, o que receberia por cabeça, se vivo fosse. Assim, $\frac{1}{4}$ seria para a esposa, $\frac{1}{4}$ para o filho A, $\frac{1}{4}$ para o filho B e $\frac{1}{4}$ para os netos C1 e C2 do filho C pré-morto;
- c. Se o falecido deixa esposa e 4 filhos teríamos a seguinte divisão: $\frac{1}{4}$ para a esposa (reserva legal), e os outros $\frac{3}{4}$ para serem divididos por 4 filhos ($\frac{3}{16}$ para cada um);
- d. Se o falecido deixa esposa e todos os filhos forem pré-mortos (ou excluídos da herança por indignidade), os seus descendentes, netos do falecido, recebem por direito próprio, isto é, por cabeça, levando à consequente atribuição de igual cota ao cônjuge sobrevivente. No exemplo, $\frac{1}{4}$ para a esposa, $\frac{1}{4}$ para o (s) filho (s) de A, $\frac{1}{4}$ para o (s) filho (s) de B e $\frac{1}{4}$ para o (s) filho (s) de C;

- e. No caso de renúncia da herança, a parte do renunciante não fica para os seus descendentes, mas acresce à dos outros herdeiros da mesma classe, em direto benefício, por igualdade de valor, ao cônjuge sobrevivente. Exemplo: o filho A renuncia sua parte da herança; sua parte acresce às dos outros, restando, $\frac{1}{3}$ para a esposa, $\frac{1}{3}$ para o filho B e $\frac{1}{3}$ para o filho C. Mesmo que A tenha filhos (netos do falecido), esses não sucedem por representação (art. 1.810 e 1.811 CC);
- f. Se no caso do item anterior, o renunciante for o único herdeiro, poderão vir à sucessão os seus filhos (netos do autor da herança), recebendo, então, por direito próprio e por cabeça, de tal sorte que, nessa hipótese, o cônjuge concorrerá com esses herdeiros, sofrendo alteração no cálculo do seu quinhão, se comparado com o que lhe seria devido no caso de não ter havido renúncia. Exemplo: O falecido deixa esposa e um único filho que renuncia sua parte. A esposa ficará com $\frac{1}{3}$, e os filhos do renunciante com $\frac{1}{3}$ cada um, pois sucedem por cabeça e por direito próprio. Se o único filho não renuncia, a herança é dividida pela metade entre ele e o cônjuge;
- g. Todos os filhos do falecido renunciam à herança. Conclusão, os netos sucedem por cabeça e por direito próprio. Ex. João deixa esposa e dois filhos A e B, que possuem um filho cada um (netos do autor da herança). Se os filhos renunciam, a esposa receberá $\frac{1}{3}$, e cada neto também receberá $\frac{1}{3}$ da herança;

Como visto, a operação é simples quando existentes não mais que três descendentes filhos, bastando que se faça a divisão pelo número de filhos mais o cônjuge. Se houver um filho, receberá metade da herança, e o cônjuge terá a outra metade. Sendo dois os filhos, divide-se a herança por três, incluído cônjuge. Na hipótese de três filhos, mais o cônjuge, partilha-se por quatro a herança, tocando uma quarta parte para cada um.

A situação inverte-se quando há mais de três herdeiros filhos, diante da reserva legal de um quarto da herança ao cônjuge, desde que seja também ascendente dos herdeiros com que concorrer. Por exemplo: se o de cujus deixa esposa e 5 filhos comuns, $\frac{1}{4}$ da herança vai para a esposa; a sobra $\frac{3}{4}$ é dividida por cabeça entre os filhos. A parte do cônjuge, quando os filhos forem comuns, nunca pode ser inferior à quarta parte da herança.

2.3.1.3 Descendentes exclusivos do falecido

Se os filhos forem exclusivos do autor da herança, frutos de outra união, não possuirá, o cônjuge, direito àquela reserva de quarta parte; receberá, de forma simples, o mesmo quinhão atribuído a cada um dos herdeiros, não importa quantos sejam. Teremos a seguinte divisão: João falece deixando esposa e cinco filhos que não são do cônjuge sobrevivente; nesta hipótese a herança será dividida em seis partes iguais, cada um dos filhos e a esposa receberão $1/6$.

Como visto no item anterior, se estes filhos fossem também do cônjuge sobrevivente, a participação deles ficaria reduzida diante do limite da quota mínima estabelecida pela lei; o cônjuge ficaria com um quarto e os demais três quartos seriam partilhados entre os seus cinco filhos. Enfim, havendo herdeiros não descendentes seus sua cota será sempre igual à deles.

2.3.1.4 Descendentes comuns e exclusivos (filiação híbrida)

Apesar de ser corriqueiro nos tempos atuais famílias constituídas por pessoas que já foram unidas a outras, resultando, dessas uniões, filhos, o Código é omissivo quanto à concorrência do cônjuge com filhos comuns e exclusivos (origem híbrida).

As dúvidas são: a) ficaria protegida ou não a quarta parte do cônjuge, no que toca à parte atribuída aos filhos de que seja também ascendente; b) caso positivo, como se faria o complicado cálculo proporcional para apuração dos quinhões de cada um dos herdeiros e do cônjuge em concurso com eles; c) como manter a cota proporcional entre filhos comuns e exclusivos em razão da vedação constitucional da discriminação entre filhos.

Se houver no máximo três filhos não haverá problemas, pois, então, a reserva legal de $1/4$ do cônjuge será mantida. Mas caso haja quatro filhos ou mais, um ou alguns exclusivos e outros comuns, estará iniciada a confusão jurídico por falta de previsão legal para atribuição de cotas, principalmente a do cônjuge.

Manter a quarta parte da herança do cônjuge somente em relação aos filhos comuns, e fazendo-se a partilha igualitária, sem aquele mínimo de $\frac{1}{4}$, com relação aos filhos exclusivos é solução que afronta o princípio da igualdade consagrado no art. 227, § 6º, da CF. Seria justo suportar os filhos exclusivos a reserva legal do cônjuge, assim como os comuns, mesmo não havendo dispositivo exposto nesse sentido.

A atribuição proporcional das cotas nesta hipótese traz acaloradas discussões e tentativas de se estabelecer um parâmetro entre os autores, mas longe de uma decisão final e pacificadora.

Os caminhos apresentados são os seguintes. Euclides de Oliveira (2009, p. 116), traz os comentários de Giselda Hironaka (2003, p. 438):

A autora antecipa sua conclusão no sentido de que, **ante a opção firmada pelo legislador civil brasileiro, de privilegiar o cônjuge concorrente com a reserva da quarta parte da herança, ainda que somente no caso de concorrência com herdeiros dos quais fosse ascendente, servirá o princípio como paradigma para a exegese do regramento**, na esfera doutrinária e de uma futura consolidação jurisprudencial. Atenta a esse espírito que norteia a concretude legislativa em vigor, que lhe parece uma formulação bastante elogiável, **entende a eminente comentarista que deve ser preservado esse princípio maior “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 postura diferencial consagrada pelo legislador deveria estar consignada em lei, ela também, exatamente para evitar a variada gama de soluções que terão que ser, obrigatoriamente, organizadas pelo aplicador e pelo hermeneuta, formulando paradigmas jurisprudenciais que não guardem qualquer correlação com aquele *espírito* do legislador, claramente registrado no artigo em comento (1.832).

A citada autora sugere três prováveis propostas de solução para tais situações de concorrência do cônjuge com descendentes híbridos, a seguir compendiadas por Hironaka (2003, p. 440 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 117-118):

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

Por essa via, que favorece o cônjuge, o seu quinhão hereditário seria igual ao do descendente, sempre com a garantia mínima da quarta parte da herança. Mas haveria certo prejuízo aos filhos exclusivos do falecido, os quais, por não serem descendentes do cônjuge com que concorrem, restariam afastados de parte mais ou menos 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.

O tratamento de todos os descendentes do *de cuius* como seus descendentes exclusivos acabaria por afastar a reserva da quarta parte do monte partível reservada ao cônjuge sobrevivente, como forma de lhe garantir maior amparo em sua viuvez. Não estaria sendo observado o espírito do legislador, que foi o de proteger o cônjuge.

3ª proposta: Composição pela solução híbrida, subdividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo.

É a solução conciliatória, que bem poderia ser intentada pelo intérprete, em vista da lacuna do ordenamento: a herança seria subdividida em duas sub-heranças, cada qual na proporção do número de descendentes de cada um dos grupos (*filhos comuns e exclusivos*). Na sub-herança, relativa aos quinhões hereditários dos descendentes *exclusivos*, seria feita a atribuição da quota correspondente ao cônjuge sem a reserva da quarta parte da herança; na sub-herança dos quinhões hereditários dos descendentes *comuns*, o cônjuge teria sua participação garantida com a quota mínima de uma quarta parte.

Supondo que o *somatório* de cada uma das quotas deferidas ao cônjuge sobrevivente, nas duas sub-heranças, fosse inferior à quarta parte do valor total da herança, “então se reorganizaria a divisão, para que esse preceito do legislador ordinário pudesse ser observado”. Para tanto, a sugestão da autora seria a de “se abater da sub-herança atribuível aos descendentes *comuns* o quanto fosse necessário para – somando-se ao quinhão do cônjuge obtido já da sub-herança deferida aos *descendentes exclusivos* – consolidar o equivalente de 25% do total da herança (atendendo, assim, ao que dispõe a segunda parte do mesmo dispositivo legal em comento, o art. 1.832)”.

Ressalte-se, porém, que a desigualdade das cotas atribuíveis a cada um dos descendentes da mesma classe, o que não é admitido pelo art. 1.834 do CC, de fundo constitucional. Ou seja, mantém-se a reserva legal (quarta parte) do cônjuge, mas sacrifica-se a partilha dos descendentes, tirando mais de uns do que de outros. Comungando essa conclusão, salienta a eminente autora Giselda Hironaka (2003, p. 440):

De qualquer das formas, ao que parece, na ocorrência de uma hipótese real de sucessão de descendentes que pertencessem aos dois distintos grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge sobrevivente, **não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo**, o que parece reforçar a idéia de que, para evitar uma profusão de *inadequadas soluções* jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil Brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as *hipóteses híbridas* (como as tenho chamado) evitando o dissabor de solução e/ou *interpretações* que corressem exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermeneuta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o *espírito* da norma. (grifo nosso)

O professor Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 445 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 119-120), também questiona se deve prevalecer, ou não, a garantia de quota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge sobrevivente. Inicialmente descarta a identificação dos descendentes como se todos fossem comuns (para então garantir a 4ª parte do cônjuge), ou como se todos fossem exclusivos (sem garantia daquele mínimo ao cônjuge e divisão igual das cotas), por entender que nenhuma delas se adéqua ao art. 1.832, e aponta as seguintes propostas:

1ª proposta: Divisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo de herdeiros comuns e de herdeiros exclusivos.

O cônjuge receberia sua quota no mesmo valor que seria atribuído, distintamente, aos descendentes de cada grupo: numa herança de 100, com três filhos *comuns* e dois filhos *exclusivos*, os primeiros e o cônjuge receberiam 12,5 cada e os dois últimos mais o cônjuge teriam 16,6.

Logo se vê, como bem admite o citado autor, que a solução infringe o mandamento constitucional da igualdade dos filhos, pela diversidade dos quinhões de cada qual.

Nesse caso o cônjuge ficaria com 29,1.

2ª proposta: Divisão proporcional da herança, pela quantidade de descendentes de cada grupo, sem o abatimento da reserva em relação aos herdeiros exclusivos.

O cônjuge receberia, então, apenas sua quota de herança na parte cabente aos herdeiros *comuns*. No mesmo exemplo citado, cada um dos três filhos *comuns* e o cônjuge teriam 12,5 cada, e os herdeiros *exclusivos* receberiam 25 cada.

Prevalece, ainda assim, a desigualdade entre os filhos.

3ª proposta: Divisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes, com posterior abatimento da reserva na quota dos herdeiros comuns.

Por aí, na mesma situação de concorrência antes exemplificada, cada um dos cinco filhos teria a quota de 20, sendo que a quota do cônjuge seria abatida apenas sobre a quota dos herdeiros *comuns*. Como a soma destas quotas dá 60, o cônjuge teria um quarto, ou seja, 15, com a mesma proporcional redução nas quotas dos filhos *comuns* (que ficariam com 15 cada um).

Do exposto, conclui o professor Eduardo (2003, p. 460 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 120), que a terceira proposta:

“atende tanto ao preceito constitucional (art. 227, § 6º) quanto à legislação infraconstitucional (art. 1.832 do CC)”. E arremata: “Com efeito, todos os

filhos (herdeiros comuns e exclusivos) herdam em igualdade de proporção (1/5 do monte hereditário), sendo que a incidência da reserva (de ¼) apenas ocorre em relação aos herdeiros comuns, sem comprometimento dos herdeiros exclusivos. Como se percebe, a composição matemática atende a todos os preceitos legais envolvidos (arts. 1.829 e 1.832), garantindo a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos descendentes, conforme determina o texto constitucional. Até que se apresente eventual proposta modificadora dos artigos do Código Civil, a hipótese resgata a pretensão do legislador evitando as exegeses de cunho pessoal geradoras, quase sempre, de iniquidades”.

Entretanto, o professor Euclides de Oliveira faz uma crítica à 3ª proposta. Segundo ele, apesar da inicial atribuição equivalente da herança a todos os filhos⁵, a posterior dedução da cota devida ao cônjuge, incidindo apenas na sub-herança relativa aos filhos comuns, acarreta natural diminuição das cotas atribuídas a estes, que ficam em franca desvantagem frente àqueles. Fala, ainda, da diminuição do que seria devido ao cônjuge, por ser afastado de qualquer participação nas quotas dos herdeiros exclusivos, os quais, assim, “locupletam-se indevidamente no seu ganho sucessório”. Apresenta a seguinte proposta (2009, p. 121):

Para evitar a situação de incontornável óbice jurídico, pode-se **interpretar a regra** atributiva do art. 1.832, redigido com [sic] está, **em caráter restritivo**, ou seja, de que o cônjuge somente terá assegurada a quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. Sempre que haja outros herdeiros em concurso, dos quais o cônjuge não seja ascendente, as quotas da herança serão partilhadas sem distinção de valor, entre todos os descendentes e o cônjuge, por cabeça, com manifesta simplificação da partilha e fiel observância do princípio isonômico com relação à quota de herança dos filhos.

Assim, se o falecido deixa esposa e 3 filhos comuns e 2 exclusivos, numa herança de 120 quotas, cada um teria 20 quotas. O autor entende que nesta hipótese, o cônjuge, em disputa com os próprios filhos comuns, não discordaria de abdicar aquela quota mínima de um quarto da herança. Além disso, a divisão igualitária entre os filhos comuns e exclusivos estaria consagrada. Compartilham desse entendimento, Zeno Veloso⁶ e José Carlos Teixeira Giorgis.

⁵ Ou seja, os dois filhos exclusivos ficariam com 1/5 cada um de todo o acervo hereditário (20 de 100). Os outros 60 seriam divididos pelos 3 filhos comuns e o cônjuge, ou seja, ¼ para cada um ou 1/5 do total da herança a eles atribuída, mantendo-se, assim, a mesma proporção para todos de 1/5 da herança.

⁶ Sucessão do cônjuge no novo Código Civil, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFam, n. 17, p. 146, abr./maio 2003.

A presunção é legítima frente ao espírito de solidariedade preconizado no seio familiar, mas a sociedade contemporânea não nos permite acreditar fielmente neste preceito. Para aqueles que labutam na área de família sabe muito bem que disputas há até mesmo nestes casos. Ou seja, quando o assunto é herança, a fraternidade dá lugar a discórdias, insultos recíprocos e sentimentos aflorados.

Em síntese, a solução seria a exclusão da reserva legal de $\frac{1}{4}$ do cônjuge quando a divisão envolver filhos comuns e exclusivos do falecido, pois, segundo os autores, a melhor exegese é a que observa a igualdade da partilha, sem o privilégio da quarta parte para o consorte, pois:

“a regra que instituiu a parcela diz especificamente da situação do concurso com os filhos do casal, presumindo-se que depois o acervo vá retornar aos descendentes pelo falecimento de seu genitor e, como regra restritiva ao direito dos herdeiros, somente pode ser superada por lei que projete o benefício” (TEIXEIRA GIORGIS, 2005, p. 127).

A propósito, a divisão de Flávio Monteiro de Barros (2009, p. 3-4), apresenta uma proporção matemática em consonância com as ideias de Euclides de Oliveira: exclusão da quarta parte do cônjuge e participação dos herdeiros exclusivos na formação da quota do cônjuge sobrevivente. Vejamos.

- a. Divide-se a herança pela soma dos herdeiros, isto é, total de filhos e o cônjuge;
- b. Subtrai-se da herança a parte dos filhos incomuns;
- c. Apura-se $\frac{1}{4}$ sobre a herança, sem a parte dos filhos incomuns, encontrando-se, desse modo, o quinhão do cônjuge;
- d. Subtrai-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado pelo número de filhos.

Suponha-se que um sujeito tenha morrido, deixando o cônjuge e uma herança de R\$ 1.200,00, além de quatro filhos comuns e um filho incomum. O cálculo deve ser feito da seguinte forma:

- a. Divide-se a herança de R\$ 1.200,00 por 6, totalizando a importância de R\$ 200,00;
- b. Retira-se da herança a parte do filho incomum, restando a importância de R\$ 1.000,00;
- c. Apura-se a parte do cônjuge, que corresponde a $\frac{1}{4}$ da herança, sem a parte do filho incomum, vale dizer, $\frac{1}{4}$ sobre R\$ 1.000,00, totalizando-se a importância de R\$ 250,00. Assim, este é o valor que o cônjuge herdará;
- d. Subtraia-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado entre os filhos, ou seja, $R\$ 1.200,00 - R\$ 250,00 = R\$ 950,00$. Dividindo-se esta importância por cinco, isto é, pelo número de filhos, apura-se R\$ 190,00, que é o quinhão correspondente a cada filho.

Sintetizando toda discussão, trazemos à baila as conclusões de Mário Luiz Delgado Régis (2005, p. 213 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 122), assinalando que:

“a única que atende à *mens legis*, a nosso pensar, é aquela que somente assegura a reserva da quarta parte quando todos os descendentes forem comuns, pois:

a) Essa foi a intenção do legislador. Beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos. Se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique em eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes trará maiores prejuízos, uma vez que o montante a maior destinado ao cônjuge futuramente reverterá aos filhos. Em princípio, os filhos comuns terminarão herdando parte dos bens que ficaram reservados ao cônjuge sobrevivente.

b) A regra da proporcionalidade não atende ao princípio da operabilidade e viola o princípio da isonomia. Efetuar o cálculo dessa proporção afigura-se difícil execução. Além do mais, sempre ocasionará desigualdade entre os quinhões dos filhos comuns e dos filhos unilaterais, o que implicará em violação à norma constitucional que assegura a igualdade de todos os filhos.”

Enfim, não há posição firme sobre a reserva ou não de $\frac{1}{4}$ para o cônjuge no caso de filiação híbrida, bem como se no regime da comunhão parcial, o cônjuge herda somente bens particulares ou particulares e comuns. A jurisprudência varia perigosamente. Solução: mudança da lei ou aguardar a consolidação dos tribunais por meio de edição de súmula.

2.3.2 Em concorrência com ascendentes

Em concorrência com os ascendentes o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão, pois não há distinção legal quanto ao regime de bens do casamento. Nesse sentido é expresso o art. 1.837 CC: “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.” Assim, mesmo nos casos de união sob o regime da separação convencional absoluta ou de separação

obrigatória de bens, o cônjuge terá assegurada sua cota de herança, em concorrência com os ascendentes do falecido⁷.

Reserva-se **um terço** da herança se concorrer com pai e mãe do *de cujus*, ficando estes com dois terços, ou seja, cota igual. Se o falecido só tiver pai **ou** só tiver mãe sobrevivente, o cônjuge herdará **metade**, cabendo ao ascendente sobrevivente a outra metade. Não há representação na classe dos ascendentes. Se não tiver pai nem mãe sobreviventes, o cônjuge também só herdará metade, pois a outra metade será dividida por todos os ascendentes sobreviventes que estiverem no mesmo grau (avós, bisavós etc.).

Pouco importa, assim, que o cônjuge tenha ou não direito à meação.

Desaparece o usufruto legal e entra em seu lugar o direito de propriedade em parte dos bens do falecido, com manifesta vantagem para o cônjuge viúvo, que passou a ter reforçada sua posição no plano sucessório.

O cônjuge viúvo participa de forma acentuada na herança deixada pelo falecido: não havendo descendentes, mas apenas ascendentes sobreviventes, o cônjuge recebe o mesmo valor atribuído aos pais, ou, havendo um só deles, ou apenas herdeiros avós, recebe a metade da herança.

2.3.3 Sem concorrentes ou pura e simples – totalidade da herança

Na falta de descendentes e ascendentes, será chamado, por inteiro, o cônjuge sobrevivente, desde que ao tempo da morte não estivesse separado judicialmente nem de fato há mais de dois anos (art. 1.838 CC). Essa solução já estava prevista no Código Civil de 1916.

Aqui não importa, também, o regime de bens adotado, que afeta somente o direito de meação do cônjuge⁸.

⁷ “O cônjuge supérstite casado sob o regime de separação obrigatória de bens só herda se não houver descendentes. Na falta de descendentes, herdará em concorrência com o ascendente. Em falta de descendentes e ascendentes, à sucessão é a ele deferida por inteiro” (TJRS, 7ª Câmara Cível, AI 70006500243, j. 13-8-2003, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, v.u.

⁸ “Sucessão. Cônjuge sobrevivente (arts. 1.603, III, do CC de 1916 e 1.829, III, do CC de 2002). No caso de inexistir descendência ou ascendência para suceder o finado, a herança, em sua totalidade,

Essa sucessão integral deve ser interpretada à luz do art. 1.830 do CC, que somente admite a transmissão da herança ao cônjuge se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa sua.

2.3.3.1 Cônjuge separado de fato – exame da culpa

O art. 1.830 do Código Civil pretendeu dar solução a antigo questionamento do direito sucessório do cônjuge que, embora conservasse o vínculo do casamento, estivesse de há muito separado de fato e, situação não muito rara no meio social, já convivendo com terceira pessoa. Muitos casais preferem o simples distanciamento físico pela ruptura da convivência, sem oficializar o desate da vida conjugal por meio de ação de separação ou de divórcio. Então, vindo um dos cônjuges a falecer, enfrenta-se a questão de participação na herança por parte do sobrevivente, tido como viúvo, embora já não convivesse com o falecido.

O Código Civil resolve em parte a questão. Subsiste o direito de herança apenas: a) para os separados de fato há menos de dois anos, ou b) para os separados de fato há mais de dois anos, desde que não provada a culpa do cônjuge sobrevivente.

A crítica da doutrina reside na “excessiva estipulação de prazo de dois anos” de ruptura de vida em comum, comparado ao prazo de um ano de separação de fato, suficiente para a separação judicial sem culpa (art. 1.572, § 1º, do Código Civil, como igualmente dispunha o art. 5º, § 1º, da Lei n. 6.515/77). Além do mais, o artigo introduz a possibilidade de discussão de culpa no âmbito do processo de inventário, que no mais das vezes, exige incursão probatória, só possível em ação própria. Não

destina-se à viúva, independente de o casamento ter sido celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, por figurar o cônjuge supérstite, com exclusividade, na terceira linha da ordem sucessória, desde que não separado (jurídica ou de fato) há dois anos (art. 1.830 do novo CC); o propósito dos colaterais, de inversão dessa regra, não encontra amparo legítimo, na lei ou na regra moral das obrigações. Não provimento” (TJSP, 3ª Câmara, Direito Privado, Ap. Cível 139.185-4/7, rel. Ênio Santarelli Zuliani, j. 3-6-2003, v.u., JTJ, São Paulo: Lex, 269/226, out./2003).

tem sentido eleger um culpado pelo insucesso conjugal, já que ele é responsabilidade de ambos.

Severas críticas foram levantadas por Rolf Madaleno (2002, p. 35-44 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 128-129), ao comentar que não faz sentido a exigência legal de dois anos de fatural separação, para só depois afastar-se da sucessão o cônjuge:

Ora, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois anos no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação judicial ou do divórcio. (...) Importa o fato da separação e não a sua causa, pois a autoria culposa não refaz os vínculos e nem restaura a coabitação, mote exclusivo da hígida comunicação de bens. A prova judicial de o cônjuge sobrevivente haver sido inocentemente abandonado pelo autor da herança ou sair pesquisando qualquer causa subjetiva da separação fatural, para caçar culpa de uma decisão unilateral, é mais uma vez andar na contramão do direito familista brasileiro que desde a Lei do Divórcio de 1977 já havia vencido estes ranços culturais.

Nesse mesmo sentido se manifesta a professora Giselda Hironaka (2002, p. 74 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 129-130):

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

Mário Luiz Delgado Régis posiciona-se a favor do exame da culpa, argumentando as inúmeras situações de abandono do lar conjugal, em que o cônjuge abandonado (normalmente a mulher) estaria injustamente afastado da sucessão (2005, p. 205).

Do mais, se entre pessoas vivas forma-se um complicadíssimo processo para comprovar quem foi o culpado pela separação, quiçá quando uma delas faleceu, e que a prova deverá ser feita por um dos herdeiros que quer ver o cônjuge excluído da sucessão.

Deixando de lado o absurdo, a prova da separação de fato por culpa do cônjuge sobrevivente caberá aos herdeiros em concorrência (descendentes e ascendentes), aos colaterais ou a eventual ex-companheiro do falecido, pois todas as vezes que o legislador permitiu a exclusão de herdeiros, impôs aos interessados na herança de propor a ação competente para afastamento. Ao cônjuge cabe apenas demonstrar que é casado.

Basta imaginar o enorme litígio a ser desenvolvido no processo de inventário se o cônjuge separado de fato há menos de dois anos constitui uma união estável com outra pessoa, ocorrendo o seu falecimento teríamos uma hipótese esdrúxula de concorrência entre cônjuge (art. 1.830 do CC) e do companheiro sobrevivente (art. 1.790 do CC).

O art. 1.723, § 1º, do Código Civil, não exige prazo da separação de fato. Nesse caso, vindo a falecer o cônjuge separado de fato e unido a outrem deixará cônjuge e companheiro sobreviventes, ambos com direitos concorrentes na herança, sob condições de que o primeiro não esteja separado de fato há mais de dois anos ou que, em prazo maior, não tenha sido o culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Sem falar, ainda, na intrincada posição de estarem a concorrer com descendentes ou outros parentes sucessíveis (filhos do falecido com a companheira; filhos do cônjuge sobrevivente e separado de fato; outros colaterais etc.). A propósito, precisos os comentários de José Luiz Gavião de Almeida (2003, p. 216 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 132-133) sobre esta “zona de conflito entre o cônjuge e o companheiro”:

Não se pode excluir o direito sucessório do cônjuge, porque não pode ser penalizado pela separação que não causou. Mas não parece justo excluir o novo companheiro de qualquer participação da herança, se já se constituiu união estável, duradoura e antiga. Fica, nessa hipótese, o companheiro, com direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Para tal entendimento, há que se ampliar a expressão *parentes sucessíveis*, utilizada no inciso III como no inciso IV do art. 1.790f, para abranger qualquer pessoa beneficiada pelas regras da sucessão legítima, ou seja, qualquer daquelas constantes da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829. A solução parece mais lógica. Se o legislador entregou direito sucessório ao companheiro apenas em não existindo, por exemplo, colateral de quarto grau que sequer recebe em havendo cônjuge com direito sucessório, não se justifica afastar esse cônjuge no caso de concorrer, tão-somente, com o convivente. Assim não fosse, poder-se-ia chegar a soluções absurdas. Por exemplo, havendo a concorrência de cônjuge sobrevivente com companheiro sobrevivo, afastar-se-ia aquele e se beneficiaria este. Contudo, afastado o cônjuge sobrevivente, verificar-se-ia existente colateral sucessível que, por isso, retiraria a herança do convivente que recolheria tão-somente um terço dela.

Nesse caso, o colateral estaria recebendo antes do cônjuge, numa completa inversão da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do novo Código. Se, em havendo colaterais, o convivente recolheria um terço da herança, não se justifica que recolha mais, se concorrer com cônjuge, que tem posição superior na ordem de vocação hereditária, da que goza o colateral.

Novamente aqui, cabe nova crítica ao legislador. Para evitar outra batalha na exegese doutrinária e jurisprudencial para solução do impasse, bastaria ter afastado o direito à herança por parte do cônjuge que não estivesse convivendo com o outro à data do óbito, sem necessidade de fixar prazo tão longo. O que faz recomendar a solução legal de afastar o direito sucessório do cônjuge separado de fato quando houver nova união do outro, de sorte a proteger apenas o partícipe da nova união familiar (ALMEIDA, 2003, p. 216).

Para Flávio Tartuce e José Fernando Simão a solução seria dividir o patrimônio do falecido em dois montes: um que iria para o cônjuge, formado pelos bens adquiridos na constância fática do casamento, e outro que iria para o companheiro, referente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (2007, p. 233-234 *apud* Cassettari, 2008, p. 104). Porém, doutrinadores há entendendo que o casamento se dissolve com o fim do afeto e não com a separação de direito (judicial ou extrajudicial). A separação de fato já demonstra a inexistência de afeto entre o casal, motivo pelo qual seria inconcebível a possibilidade de concorrência entre cônjuge e companheiro (CASSETTARI, 2008. p. 105). A solução seria:

O cônjuge receberá a sua meação até a ocorrência da separação de fato. O companheiro a sua meação do período compreendido entre a separação de fato e a morte do companheiro. Mas, com relação à herança, esta será dividida somente entre parentes do falecido em concorrência com o companheiro sobrevivente, pessoa escolhida pelo morto para constituir o relacionamento afetivo, de acordo com as regras do art. 1.790 do CC.

2.4 Direito real de habitação

O art. 1.831 CC contempla ainda o cônjuge com o direito real de habitação⁹:

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.

Sobredito direito opera-se *ex vi legis*. O cônjuge pode renunciar ao direito nos autos do inventário ou por escritura pública. O silêncio não importa renúncia, que só vale se expressa.

O Código é mais ampliativo do que o de 1916. Seu art. 1.611, § 2º, com redação dada pela Lei n. 4.121/1962, condicionava o direito real de habitação ao casamento sob o regime da comunhão universal e limitava seu exercício ao tempo de viuvez do beneficiário. Na atual sistemática, não importa o regime de bens. Entretanto, o Código excedeu-se ao não repetir a antiga expressão “enquanto viver e permanecer viúvo”, conforme legislação anterior, consagrando assim um direito real de habitação vitalício. Como concordar com a situação do filho incapaz (um deficiente físico ou mental, por exemplo), ou daquele com 50 anos de idade ter que ceder o imóvel do falecido a sua esposa (do quarto casamento com 20 anos).

Alguns autores criticam a nova disposição sob o argumento de que face o caráter assistencial do instituto é inconveniente que o imóvel permaneça gravado, onerando o herdeiro em benefício do cônjuge que já se casou de novo e que, provavelmente, não necessita mais do benefício. Para outros o Código acertadamente não prevê a perda desse direito pelo fato de o cônjuge contrair novo casamento, pois se trata de instituto assistencial.

O melhor entendimento seria no sentido de conservar o critério da lei anterior e até lhe melhorasse a redação, dispondo que o viúvo manteria o direito de continuar morando no imóvel que servira de residência do casal enquanto não

⁹ “O titular do direito real de habitação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª. T., REsp 616.027-SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14-6-2004, v.u., Bol. AASP, n. 2424, Ementário, p. 1045).

tivesse nova união ou casamento, como constava da Lei n. 9.278/1996, no seu art. 7º, parágrafo único (que concedia direito real de habitação ao companheiro sobrevivente).

Não se poupam também de censuras a ressalva do art. 1.831, repetindo preceito do Código revogado (art. 1.611, § 2º), no sentido de limitar tal direito ao fato de o imóvel residencial ser “o único daquela natureza a inventariar”. Ora, a restrição é incompreensível e de extrema injustiça: se o casal possuía duas ou mais residências, manifesto se afigura que o direito de habitação, antes ampliado, deveria manter-se, deixando à livre escolha do viúvo a permanência neste ou naquele imóvel, “na mesma situação de conforto que desfrutava em sua residência anterior” (ALMEIDA, 2003, p. 220), ou no máximo, optar pela mudança do domicílio para outro imóvel de iguais condições.

Referido direito não cessa com posterior união ou casamento do cônjuge sobrevivente. Cessa com a morte ou se deixar de servir de sua moradia. Uma hipótese, porém, pode causar discussões: e se o direito de habitação for cumulado com direito hereditário atinente à propriedade parcial no bem, e sobrevindo outro casamento do beneficiário, no caso de seu falecimento, por força das novas regras do direito hereditário, o seu cônjuge sobrevivente, fruto na nova união, tendo participação como herdeiro em concorrência com outros descendentes ou ascendentes do falecido, terá direito de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal? Para Euclides de Oliveira, perpetua-se, em tal situação, o direito de habitação, em sensível detrimento aos legítimos interesses dos co-herdeiros (2009, p. 138).

2.5 Usufruto vidual

O § 1º do artigo 1.611, do Código Civil de 1916, previa o *usufruto vidual*:

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 desse, ou do casal, houver

filhos – e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do de cujus.

Se o regime de casamento não era o da comunhão universal, o ordenamento não deixava de proteger o cônjuge sobrevivente, pois lhe assegurava, de forma vitalícia, enquanto permanecesse viúvo, por isso denominado “usufruto **vidual**”, direito de usufruto. Tal direito foi introduzido no Código de 1916 pela Lei n. 4.121/1992, juntamente com o direito real de habitação. Como não tinha direito à meação, assegurava-lhe o direito a fruição sobre parte de todos os bens inventariados, alcançando mesmo a legítima dos herdeiros necessários.

Entretanto, hoje não existe mais o usufruto vidual¹⁰, pois o cônjuge efetivamente é herdeiro necessário, além do direito à meação. Remanesce apenas o direito de habitação vidual, pois o cônjuge, qualquer que seja o regime adotado, tem direito de habitação relativamente ao imóvel com destinação residencial.

¹⁰ “Inventário. Pedido a envolver direito sobre usufruto vidual. Falecimento do autor da herança quando já em vigor o Código Civil de 2002. Alegado direito à aplicação do disposto no art. 1.611, § 1º, do CC de 1916. Impossibilidade de retroação. Aplicação da nova legislação, nas circunstâncias. Arts. 1.787, 1.829, I, 1.791 e 1.831. O novo Código Civil tornou o cônjuge sobrevivente um sucessor em concorrência com os descendentes do *de cujus* nas condições estabelecidas pelo art. 1.829, n. I, que a recorrente satisfaz. De consequência, cabe-me dizer, a juíza quis significar que a viúva passou a ter direitos tais que estavam a tornar sem cabimento a repetição no novo Código do disposto no § 1º do art. 1.611 do Código Civil de 1916. Decisão de indeferimento em primeiro grau. Recurso da viúva não provido” (TJSP, 4ª. Câ. De Direito Privado, AI 316.674-4/9-00, j. 6-11-2003, rel. J. G. Jacobina Rabello, v.u., *JTJ*, São Paulo: Lex, 274/371, mar. 2004).

CAPÍTULO 3 - SUCESSÃO DO (A) COMPANHEIRO (A)

3.1 Efeitos da nova ordem constitucional

A Constituição Federal de 1988 deitou por terra qualquer distinção existente quanto à origem da unidade familiar, abrangendo não só a união entre homem e mulher pelo casamento, mas também a união estável entre o homem e a mulher, além de outros agrupamentos familiares. A antiga discriminação da união fora do casamento, tida como informal, irregular, concubinária ou mera sociedade de fato pelo Código Civil de 1916 não mais podia subsistir.

Para efeito de proteção do Estado, houve equiparação plena da união estável ao casamento, com eficácia imediata da norma às relações exteriores da relação; vale dizer, os efeitos externos da união estável, para o Estado e para a sociedade, são idênticos aos do casamento. Porém, com relação aos efeitos internos, quanto aos direitos e obrigações recíprocas entre os conviventes, pela omissão constitucional, não havia como aplicar as mesmas regras destinadas ao casamento, sendo necessária a edição de legislação própria.

Para assegurar direitos a esta classe familiar, em cumprimento à nova ordem constitucional, vieram leis especiais sobre a união estável, conceituando e assegurando direitos e deveres ao companheiro e garantindo sua assistência material por meio de prestação alimentícia, meações no patrimônio adquirido onerosamente durante a convivência, direito real de habitação, usufruto viual, e participação na herança (Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996).

Não havia direito à herança entre companheiros antes da regulamentação legal da união estável. Na ordem da vocação hereditária do art. 1.603 do Código de 1916, aparecia somente o cônjuge sobrevivente, para receber a herança depois dos descendentes e dos ascendentes, pois esse também não era considerado necessário.

A jurisprudência reconhecia apenas direito de partilha de bens adquiridos por esforço comum dos conviventes em sociedade de fato, configurada sob a ótica do

direito das obrigações (Súmula 380 do STF). Não era herança, mas participação equiparável à meação patrimonial, pois a divisão variava conforme o percentual de participação do interessado.

Atribuição de herança ao companheiro somente por meio de testamento, ainda assim com ressalvas, em face da vedação da outorga por homem casado à sua concubina.

Porém, como dito, após a Constituição Federal de 1988 e Leis Especiais posteriores, passou a ser admitida a sucessão *causa mortis* entre companheiro. Inicialmente, nos termos do art. 2º, da Lei n. 8.971/94, o companheiro sobrevivente participava da sucessão do falecido nas seguintes condições:

- a. Direito ao usufruto, enquanto não constituísse nova união, sobre $\frac{1}{4}$ dos bens do falecido, se houvesse filhos deste ou comuns, ou sobre $\frac{1}{2}$ dos bens se não houvesse filhos, embora sobrevivam ascendentes com direito à herança;
- b. Totalidade da herança, na falta de descendentes e de ascendentes;

O companheiro sobrevivente não era considerado herdeiro necessário, podendo livremente ser privado da qualidade de sucessor por disposição testamentária feita pelo autor da herança, embora houvesse divergência sobre a literalidade do inciso III do art. 2º da Lei n. 8.971/94, quando se referia a ter direito à totalidade da herança.

Dois anos depois, passou a Lei n. 9.278/96, no seu art. 7º, parágrafo único, a prever o direito real de habitação, enquanto o beneficiário vivesse ou não constituísse outra união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Note-se que na vigência das duas leis, o companheiro percebia o usufruto vidual e o direito real de habitação. Todo o embate resumia-se no fato de que o cônjuge tinha alternativamente um ou outro benefício, dependendo do regime de bens. A legislação pertinente aos companheiros era mais benevolente ao viúvo-companheiro do que ao cônjuge sobrevivente.

3.2 União estável no Código Civil

O atual Código Civil (arts. 1.723 a 1.726), praticamente repete definições já consagradas nas leis especiais anteriores. União estável é aquela formada entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família. O prazo mínimo de 05 anos de duração exigido pela Lei n. 8.971/94, ficou em aberto, exigindo-se, apenas, que a união seja duradoura, circunstância a ser examinada em cada caso concreto.

No que tange à questão patrimonial, que nos interessa, em muitos aspectos iguala-se a união estável ao casamento, por sujeitar-se, no que couber, ao regime da comunhão parcial de bens, ou seja, os bens adquiridos onerosamente (não advindos de doações ou herança), durante a convivência, são de propriedade comum, com duas exceções: a) se adquiridos com o produto da venda de bens particulares, ou b) se as partes celebrarem contrato escrito dispondo sobre a incomunicabilidade dos bens.

Quanto à sucessão, em certos pontos o companheiro foi tratado de modo muito inferior ao dispensado ao cônjuge. Primeiro, porque não tem direito real de habitação; não é herdeiro necessário; nada recebe se os bens foram adquiridos antes da convivência familiar ou, mesmo durante, ocorreu a título gratuito.

Essa diversidade de tratamento no plano sucessório não foi bem recebida por grande parte da doutrina. O argumento se baseia em fundamentos constitucionais: “o art. 1.790 é ofensivo ao texto constitucional, porque agride a igualdade de proteção que a lei deve deferir a todas as espécies de família, uma vez que não aceitamos a alegada superioridade de qualquer das espécies familiares sobre as demais” (DANTAS JÚNIOR, 2005, p. 14 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 155). Esse mesmo autor propõe solução radical e simples para solucionar a desigualdade: “o art. 1.790 do Código Civil deve ser destinado à lata de lixo, sendo declarado inconstitucional e a partir daí, simplesmente ignorado a não ser para fins de estudos históricos da evolução do direito”. Do mais, a regulamentação obscura deixou lacunas que refletem confusão e incertezas quando da aplicabilidade da matéria.

Por outro lado, em meio ao tratamento desigual, o legislador também favoreceu o companheiro em certo ponto em face do cônjuge. Enquanto o

companheiro concorre com descendentes sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o cônjuge sobrevivente concorre com aqueles em condições restritas a determinados regimes de bens. Ou seja, quando tenha a comunhão que lhe outorga meação nos bens, recebe apenas essa fração do bem comum, mas não participa na herança havida pelos filhos sobre tais bens. Aí a vantagem do companheiro que, unido sob o regime da comunhão parcial de bens, quando não convencie diversamente, conforme art. 1.725 do CC, tem garantido o seu direito de meação sobre os aquestos e ainda recebe a cota hereditária em concurso com os descendentes.

Outro ponto de discussão quanto à sucessão do companheiro se dá pelo fato de que, ao contrário do sistema anterior, que estabelecia isonomia de tratamento, pela nova sistemática o direito do companheiro vem tratado nas disposições gerais, já que não é considerado um herdeiro necessário, sendo-lhe conferidos apenas direitos sucessórios. Para alguns doutrinadores, melhor caberiam no capítulo da ordem da vocação hereditária.

O erro teria sido, portanto, o local em que a matéria foi tratada (art. 1.790 CC), no Capítulo I (Disposições gerais), do Título I (Da sucessão em geral), fora, assim, do Capítulo referente à ordem de vocação hereditária (Capítulo I do Título II), e, sobretudo, distanciada da sucessão do cônjuge, o que para parte da doutrina não tem justificativa.

Alguns, porém, explicam, embora não se justifique, essa alocação errônea, pelo fato de a união estável somente ter sido introduzida no texto do projeto na sua fase final de votação, quando das emendas apresentadas no Senado Federal, em 1997. Fez-se, então, um enxerto apressado do direito do companheiro na sucessão hereditária, sem que alterada fosse a ordem de chamamento previsto no art. 1.829 do Código Civil¹¹.

¹¹ No projeto inicial elaborado em 1972 não havia previsão para essa espécie de entidade familiar, e nem poderia haver, com a atual conotação, uma vez que a união estável somente veio a ser definida como entidade familiar a partir da Constituição Federal de 1988. Pelas mesmas razões, o Projeto apresentado para discussão em 1975 e aprovado na Câmara dos Deputados em 1984 não previa qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas ligadas entre si apenas pelos laços do afeto. Foi na fase de discussão legislativa no Senado Federal que o Senador Nélson Carneiro, mesmo que introduziu o divórcio no direito pátrio, apresentou emenda no sentido de garantir direitos sucessórios aos companheiros. Por aí se explica, possivelmente, a má alocação do tema no novo Código Civil e seu tratamento diferenciado em relação aos dispositivos que cuidam da sucessão do cônjuge (OLIVEIRA, 2009, p. 158, nota de rodapé n. 125).

Entretanto, essa alocação defeituosa é de somenos importância. Outras disposições, como dito, causam mais controvérsias se comparados os dispositivos concernentes ao companheiro com aqueles sagrados ao cônjuge sobrevivente, com altos e baixos em favor de um ou de outro, em demonstração de inaceitável descompasso legislativo e falta de sintonia com princípios constitucionais de proteção à entidade familiar, com ou sem casamento.

3.3 Sucessão do (a) companheiro (a) no Código Civil

Atualmente o companheiro só participa da sucessão dos bens adquiridos onerosamente e na vigência da união estável. É bom observarmos que a união estável deve estar vigente com a morte do titular para que o companheiro herde.

Tratando-se de união estável o companheiro, além de eventual meação, participa da sucessão do *de cuius* aos bens adquiridos na vigência do estado de convivência, nas seguintes condições:

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 um terço da herança;

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

Cabe frisar que, em que pese a lei ser omissa a esse respeito, a convocação do companheiro sobrevivente ocorre somente se vigente a união estável no momento do óbito do outro convivente, divergindo assim, do tratamento jurídico dado ao matrimônio. Na união estável, o rompimento de fato é necessário para privar o ex-companheiro do direito sucessório, independentemente de existir ação de

reconhecimento e dissolução da união em curso, sendo irrelevante, ainda, o tempo da separação e a culpa do rompimento.

A primeira diferença de tratamento entre o companheiro e o cônjuge está no fato de que, à falta de parentes sucessíveis, o cônjuge se situa como terceiro na ordem da vocação para receber a totalidade da herança, enquanto o companheiro é o quarto.

Outra questão, como tratado acima, afigurara-se na colocação do direito de herança do companheiro nas disposições gerais. Um desleixo legislativo, vez que a união estável é reconhecida como entidade familiar, merecendo o mesmo tratamento das relações oriundas do casamento, talvez sem relevância, explicável pelo corre-corre das mudanças de redação na fase final de discussão do Projeto de Lei do Código Civil.

Destacam-se, nesse sentido, as palavras de Silvio Rodrigues (2006, p. 119 *apud* Cassettari, 2008, p. 127):

Nada justifica colocar-se o companheiro sobrevivente numa posição tão acanhada e bisonha na sucessão da pessoa com quem viveu pública, contínua e duradouramente, constituindo família, que merece tanto reconhecimento e apreço, e que é tão digna quando a família fundada no casamento. (...) Em suma, o Código Civil regulou o direito sucessório dos companheiros com enorme redução, com dureza imensa, de forma tão encolhida, tímida e estrita, que se apresenta em completo divórcio com as aspirações sociais, as expectativas da comunidade jurídica e com o desenvolvimento de nosso direito sobre a questão.

A doutrina ainda insurge contra a expressão “companheiro ou a companheira” no *caput* do artigo: bastaria a expressão companheiro para se referir aos direitos do homem e da mulher. De outro lado, o inciso I que fala em “filhos”, e o inciso II, corretamente, em “descendentes”. Esqueceu o legislador que pode existir um filho pré-morto, caso em que os netos herdaram por representação ou por cabeça!

Fora isso, foi limitada a participação do companheiro na herança deixada pelo falecido: **apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência**. Por outro lado, um excesso: além da meação dos bens havidos durante a união, ainda tem participação na herança em concurso outros parentes. Deveria beneficiar-se da herança, isto sim, **mas apenas sobre os bens particulares** do falecido. Dá-se a cumulação, para o companheiro, dos direitos de meação e de herança. Por outro lado, o cônjuge tem direito a concorrer na herança com descendentes quando não tenha direito à meação, dadas as ressalvas de que

não ocorre a concorrência se casado com o falecido sobre alguns regimes de bens (art. 1.829, I).

Vale ressaltar que, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o companheiro já é meeiro (art. 1.725, CC).

Assim, se o falecido deixa um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, um filho e companheira, esta receberá $\frac{1}{2}$ do bem pela meação e mais $\frac{1}{4}$ pela concorrência na herança com o filho. Se o falecido fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge sobrevivente teria direito apenas a $\frac{1}{2}$ pela meação, restando igual percentagem para o filho (regime de comunhão parcial sem bens particulares – art. 1.829, I, CC).

3.3.1 Concorrência com descendentes comuns

Fora as críticas de redação do art. 1.790 do Código Civil mencionadas, repete-se, como o fez no art. 1.832 do Código, a imerecida distinção entre descendentes *exclusivos* e *comuns*. Oportunas, aqui, as mesmas considerações levantadas da análise do art. 1.832, pois razão alguma existe para se diferenciarem as cotas da herança pela origem do filho concorrente na sucessão.

Para o companheiro, o regime de bens é irrelevante no plano sucessório. Interessa apenas a origem dos bens havidos pelo autor da herança (onerosamente durante a convivência). Em arremate, Oliveira (2009, p.164) diz:

Ora, isso leva, de um lado, a tratamento muito mais favorável ao companheiro que ao cônjuge, pois aquele receberá sua quota na herança atribuída aos descendentes mesmo quando já receba a meação pelo regime legal da comunhão parcial de bens. O mesmo não se dá, em tal hipótese, com o cônjuge sobrevivente, que, em sendo meeiro, não terá participação concorrente na herança com os descendentes.

Porém, em determinadas situações, o companheiro sofre sensível e injustificável desvantagem frente ao cônjuge. Comparando os arts. 1.829, 1.832 e 1.790, o mesmo autor (2009, p. 164) tira as seguintes conclusões:

a) o companheiro nada receberá sobre os bens particulares do outro (havidos antes da convivência, ou a título gratuito), b) o companheiro terá, pelo direito de concorrência, quota igual à dos filhos *comuns* e somente metade da quota atribuída aos filhos *exclusivos* do autor da herança. Já para o cônjuge, a participação será sempre igual ao valor da cota de cada descendente, com um acréscimo, pela garantia do mínimo da quarta parte da herança quando a disputa se der com filhos *comuns* ao falecido e ao próprio cônjuge sobrevivente.

Por que esse tratamento privilegiado? O art. 226, § 3º, da Constituição, determina a facilitação pela lei da conversão da união estável em casamento. O Código, mais favorável ao companheiro, em vez de facilitar, dificulta a conversão quando se sabe que o companheiro, em determinadas circunstâncias, pode vir a receber herança maior que aquela atribuível ao cônjuge¹².

Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que legalmente couber a eles. Por exemplo: João tinha um patrimônio individual de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); uniu-se com Maria e durante a convivência os dois tiveram dois filhos e formaram um patrimônio de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). João morre. Maria tem direito à meação (R\$ 300.000,00), referente ao patrimônio comum. A herança será de R\$ 400.000,00 (R\$ 100.000,00 individuais e R\$ 300.000,00 em comum). O patrimônio individual será partilhado apenas entre seus dois filhos (R\$ 50.000,00 para cada um). Já a outra parte (R\$ 300.000,00) será dividida em 3 partes iguais; 1/3 para a companheira e 1/3 para cada filho. Conclusão: companheira (R\$ 400.000,00); filhos (R\$ 150.000,00 cada um).

¹² Foi como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo ao rejeitar pretensão de companheira sobrevivente à percepção cumulativa de meação e cota na herança dos filhos. Pelo julgado, o art. 1.790, II, do Código Civil “comporta interpretação teleológica e sistemática, pois do contrário estaria admitindo favorecimento maior ao convivente do que em relação ao cônjuge. O dispositivo citado há de ser entendido em conjunto com os arts. 1.725 e 1.829, inc. I, do referido diploma legal, posto que a intenção do legislador certamente não foi autorizar a cumulação dos direitos de meação e herança acarretando diminuição da participação dos herdeiros necessários no acervo hereditário, mas sim evitar que o convivente ou o cônjuge sobrevivente fique desamparado e desprovido dos bens que pertenciam ao falecido. (...) Assim, à luz também do preceito contido no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, não há razão de se atribuir também à agravante participação na sucessão do companheiro em concorrência com os descendentes do falecido, sendo pertinente salientar que a pretendida duplicidade de direitos, se admitida, redundaria em prejuízo aos herdeiros necessários, os quais teriam suas quotas diminuídas em benefício da companheira, que já tem uma participação considerável em relação aos bens adquiridos em comum pelos conviventes” (TJSP, 9ª Câmara. Direito Privado, AI 336.392-4/8, j. 29-6-2004, rel. Des. Ruyter Oliva, *JTJ*, São Paulo: Lex, 285/278).

3.3.2 Concorrência com descendentes exclusivos

Se concorrer com descendentes só do falecido, terá direito à metade do que couber a cada um deles. Assim, no exemplo acima, suponha-se que os filhos são apenas de João. O patrimônio particular será partilhado entre seus dois filhos. Assim, teríamos: João tinha um patrimônio individual de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e dois filhos de outro relacionamento; uniu-se com Maria e durante a convivência não tiveram filhos e formaram um patrimônio de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). João morre. Maria tem direito à meação (R\$ 300.000,00), referente ao patrimônio comum. A herança será de R\$ 400.000,00 (R\$ 100.000,00 individuais e R\$ 300.000,00 em comum). O patrimônio individual será partilhado apenas entre os filhos exclusivos (R\$ 50.000,00 para cada um). Já a outra parte (R\$ 300.000,00), será dividida da seguinte forma: deve-se multiplicar o número de filhos por dois e somar-se a parcela do sobrevivente. Àqueles destinam-se duas partes do total, a este uma parte do total. Assim, teríamos 2 (n. de filhos) $\times 2 = 4 + 1$ (parte do companheiro) = 5 cotas; $1/5$ - R\$ 60.000,00 para Maria; e $2/5$ - R\$ 120.000,00 para cada filho.

3.3.3 Concorrência com descendentes comuns e exclusivos (filiação híbrida)

Da mesma forma como se apontou com relação à concorrência do cônjuge com essa dúlice qualidade de descendentes em concurso, também aqui surge o intrincado problema de cálculo da quota que seria cabível ao companheiro. Mais uma vez a lei não prevê a concorrência com filhos de origem híbrida.

Há várias linhas argumentativas, interpretações sistemáticas e até elaboração de fórmulas matemáticas, tudo com o grande esforço e desejo da comunidade jurídica em ser encontrada uma solução plausível e equilibrada, até que não ocorra modificação legislativa para esta lacuna. O problema é que não há consenso entre os doutrinadores e a jurisprudência.

A mesma tormenta e descrença quanto ao encontro de uma fórmula matemática capaz de harmonizar a proteção dispensada aos envolvidos é enfrentada por vários doutrinadores. Giselda Hironaka (2003, p. 417 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 168-170), enumera quatro possíveis propostas (como fizera com relação aos direitos concorrentes dos cônjuges):

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

Entende a autora que não poderia prosperar essa solução simplista, pois, muito embora tenha o condão de tratar igualmente os filhos de ambos os grupos, na partilha da herança com o companheiro, por outro lado, “fere na essência o *espírito* do legislador do Código Civil que quis dar tratamento diferenciado às hipóteses de concorrência do convivente sobrevivente com os descendentes do *de cuius* de um ou de outro grupo (comuns e exclusivos)”.

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

Pelas mesmas razões que serviram a refutar a proposta anterior, considera a citada autora que, também aqui, por via dessa divisão patrimonial igualitária, “o *espírito* do legislador do Código Civil restaria magoado, tendo em vista a inobservância da diferença que quis dar às hipóteses de concorrência do convivente sobrevivente com os descendentes do *de cuius* de um ou de outro grupo (comuns e exclusivos)”. Demais disso, nessa segunda hipótese de solução, restariam prejudicados os interesses do companheiro sobrevivente, “que seria tido, sob todos os aspectos, como não ascendente de nenhum dos herdeiros, recebendo, então, apenas a metade do que aqueles herdariam”. Vale acrescentar, sob esse aspecto que, na hipótese primeira, anteriormente exposta, seria o contrário, pois “o convivente sobrevivente acabaria por ser privilegiado, na medida em que participaria da herança recebendo quota absolutamente equivalente às quotas atribuíveis aos descendentes de qualquer grupo”.

3ª proposta: Composição dos incs. I e II pela atribuição de uma quota e meia ao convivente sobrevivente.

Por esta via, a partilha seria pela somatória das quotas atribuíveis ao companheiro, dando-se a este o valor de uma quota e meia (resultante de uma quota referente aos filhos *comuns* e meia quota pela concorrência com os filhos *exclusivos* do falecido), o que atenderia ao comando de igualdade de tratamento dos filhos e garantiria maior participação ao companheiro supérstite. Mas, conforme aponta Giselda Hironaka, a solução não atende “ao princípio que norteou o *espírito* do legislador, ao dar *diferentes variáveis* de concorrência do convivente sobrevivente com descendentes de um e de outro grupo (comuns e exclusivos)”. Sem falar que o companheiro acabaria por ser beneficiado com mais do que teria direito, ao receber quota e meia da herança, em situação de privilégio que também refoge ao que seria, nas mesmas condições, atribuível ao cônjuge sobrevivente. O resultado obtido com essa divisão patrimonial estaria absolutamente dissociado do normativo legal, sendo, portanto, descartável de plano.

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

Essa divisão proporcional seria feita pela consideração de duas sub-heranças, cada uma delas referente aos filhos que fossem *comuns* ou *exclusivos*, conforme o número de pessoas num e noutro desses grupos.

Então seria apurada, em cada uma das sub-heranças, a quota de concorrência do convivente, conforme a determinação do inciso I ou do inciso II do art. 1.790, respectivamente. Como ato final, somar-se-iam as quotas do convivente supérstite – obtidas em cada uma dessas sub-heranças – para encontro do quinhão a ele cabível, restando aos filhos herdeiros a quota resultante da aplicação das regras legais em cada uma das sub-heranças, conforme proposta.

Conseqüência negativa, bem apontada por Giselda Hironaka, seria a de que, no critério utilizado, “os quinhões dos filhos de um grupo seriam proporcionalmente maiores que os quinhões dos filhos do outro grupo”, levando, pois, ao óbice constitucional e legal de desigualação dos filhos.

Sugere a autora dividir-se a herança em dois blocos, um dos filhos comuns e outro dos não comuns. O companheiro teria uma cota igual à dos filhos comuns na sub-herança destes. O companheiro teria metade da cota dos não comuns na sub-herança destes. Somam-se as cotas do companheiro obtidas nos passos anteriores e se conclui qual será a sua participação na herança.

Para elucidar as possibilidades, transcrevemos abaixo o quadro e os exemplos numéricos de Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2007, p. 217 *apud* Cassettari, 2008, p. 138):

Companheiro	R\$ 15.000,00 + R\$ 8.000,00	R\$ 23.000,00
Quota de cada filho comum	R\$ 15.000,00	(x3) R\$ 45.000,00
Quota de cada filho exclusivo	R\$ 16.000,00	(x2) R\$ 32.000,00
Total		R\$ 100.000,00

Onde,

Herança total = R\$ 100.000,00

Herdeiros: 3 filhos comuns e 2 filhos exclusivos

(Nesse caso, cada filho teria direito a R\$ 20.000,00 – R\$ 100.000,00 dividido por 5)

Herança dos filhos comuns seria de R\$ 60.000,00 (R\$ 20.000,00 x 3) e seria dividida em quatro partes (três dos filhos e uma da companheira). Obedece-se ao disposto no inc. I do art. 1.790. A companheira teria direito a R\$ 15.000,00.

A sub-herança dos filhos exclusivos seria de R\$ 40.000,00 (R\$ 20.000,00 x 2) e seria dividida em cinco partes (duas para cada filho exclusivo e uma herança para a companheira). A companheira teria direito a R\$ 8.000,00.

A crítica a esta teoria é que o resultado ao que se alcança fere a isonomia de tratamento aos filhos, prevista constitucionalmente (arts. 227, § 6.º, da CF) (neste sentido o magistério de Roberto Senise Lisboa. *Manual de direito civil...* cit., p. 481).

Seguindo os mesmos passos da divisão proporcional, Gabriele Tusa (*apud*¹³ OLIVEIRA, p. 170-171), partindo de um caso prático em que a companheira concorre com três filhos comuns e dois filhos exclusivos do falecido, propõe a

¹³ O texto e os comentários referem-se a correspondência virtual trocada com o autor, dessa fórmula de cálculo dos quinhões hereditários, ainda sem publicação específica a respeito do assunto (OLIVEIRA, 2009, p. 171 – nota de rodapé n. 131).

adoção de fórmula matemática muito bem produzida, procurando harmonizar os incisos I e II do art. 1.790, do CC. Vejamos.

“A companheira não receberá nem igual (inc. I) nem metade (inc. II). Ou, em outras palavras, não receberá (em termos de quinhão) nem 01 nem $\frac{1}{2}$, mas um coeficiente que quantifique, justamente, a proporcionalidade entre as duas qualidades, condicionadas pela quantidade de filhos de cada modalidade”. Assim, no exemplo, a companheira receberia, em relação aos comuns, igual quinhão; em relação aos unilaterais (exclusivos), metade do quinhão. Como se calcula o coeficiente de seu quinhão? Responde Gabriele com a fórmula: $3 \times 1 + 2 \times \frac{1}{2} : 5 = 4/5$ (ou seja, 0,8)¹⁴, e explica: 3×1 equivale a 3 filhos comuns vezes 1 quinhão ideal; $2 \times \frac{1}{2}$ equivale a 2 filhos unilaterais vezes $\frac{1}{2}$ do quinhão ideal; 5 é o número total de co-herdeiros filhos; e $4/5$ ou 0,8 é o coeficiente final da participação da companheira em relação a um quinhão. Dessa forma, entende Gabriele Tusa que, “usando o conceito de média ponderada, acabamos de encontrar, proporcionalmente [sic], a forma de atender aos dois incisos simultaneamente, de acordo com a quantidade de filhos que se apresentam em cada modalidade”. E como encontrar o valor de cada quinhão, uma vez que são todos iguais, exceto o da companheira? Como são seis herdeiros, e um diferenciado, logo, sendo $x = 17,24\%$. Enfim, cada filho recebe 17,24% e, nesse caso, a companheira recebe 13,79.

O procedimento acima é detalhado por Cassettari (2008, p. 138), nos seguintes termos:

Os autores entendem que a “fórmula” poderá dispensar o tratamento adequado à lacuna:

$$X = \frac{2(F+S) \times H}{2(F+S)^2 + 2F + S}$$

$$C = \frac{2F + S \times X}{2(F+S)}$$

Onde,

X = o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos

C = o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente

H = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente

F = o número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente

S = o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente

Exemplo:

H = R\$ 100.000,00

F = oito filhos comuns

S = dois filhos exclusivos

Cada filho deverá receber:

$$X = \frac{2(8+2) \times R\$ 100.000,00}{2(8+2)^2 + 2 \times 8 + 2}$$

¹⁴ Essa fórmula pode ser usada em outros casos concretos, bastando alterar o número de co-herdeiros filhos de uma ou outra categoria, podendo ser outro o resultado.

$$X = \frac{2(8+2)^2 + 2(8+2)}{218} \times \text{R\$ } 100.000,00$$

Portanto:

$$X = \text{R\$ } 9.174,31$$

$$C = \frac{2 \times (8+2)}{2(8+2)} \times \text{R\$ } 9.174,31$$

$$C = \frac{18}{20} \times \text{R\$ } 9.174,31$$

Resultado:

Cada filho herdará: R\$ 9.174,31
 Companheiro sobrevivente: R\$ 8.256,88
 Total da herança: R\$ 100.000,00 (R\$ 9.174,31 x 10 filhos + R\$ 8.256,88 companheiro)

Ocorre que, pela diversidade de posicionamentos, outras interpretações podem surgir. Assim, o mestre Zeno Veloso (2003, p. 289 apud OLIVEIRA, 2009, p. 171), comentando a dificuldade de solução por falta de adequado trato legislativo diz:

(...) ocorrendo a situação de filhos *comuns* em concurso com filhos *exclusivos* do autor da herança, melhor será que caiba ao companheiro sobrevivente apenas a metade do que couber a cada descendente. Justifica essa proposta, porém, ressaltando que a solução, “tentando remediar a falha do legislador, e enquanto não reformada, pode prejudicar o companheiro sobrevivente – que estaria mais gratificado se escolhido o inc. I (do art. 1.790) –, mas não desfavorece os descendentes exclusivos do *de cuius*, não se devendo esquecer que os filhos do companheiro sobrevivente ainda têm a expectativa de herdar deste”.

Porém, surge a questão: será que o companheiro não reclamará a igualdade nas quotas, ao menos em relação aos filhos comuns. Todos que trabalham na área sabem que, se a questão envolver dinheiro, alguns conceitos de família são esquecidos e discussões de ordem subjetiva são levantadas, o que certamente emperrará o inventário por longos anos.

Flávio Augusto Monteiro de Barros (2004, p. 214-215 apud Cassettari, 2008, p. 140), afirma que diante da ausência de regulamentação, somente com uma fórmula matemática poder-se-á alcançar a extração de solução à problemática, da seguinte forma:

1.ª Fase:

$$PC = \frac{1 \times n^o FC + 0,5 \times n^o FI}{TF}$$

2.ª Fase:

$$PF = \frac{H}{N^{\circ} F + PC}$$

Onde:

- PC corresponde à parte da companheira
- n^o FC corresponde ao total de filhos comuns
- n^o FI corresponde ao total de filhos incomuns
- PF corresponde à parte de cada filho
- H corresponde ao total da herança

Assim, nas palavras do referido autor: "Miremos no seguinte exemplo: João morreu, deixando a companheira, três filhos comuns e dois filhos incomuns, bem como uma herança de R\$ 5.800,00. Para solucionar o problema, basta aplicar a fórmula acima. Vejamos:"

1.ª Fase:

$$PC = \frac{1 \times n^{\circ} FC + 0,5 \times n^{\circ} FI}{TF}$$

$$PC = \frac{1 \times 3 + 0,5 \times 2}{5}$$

$$PC = \frac{3 + 1}{5}$$

$$PC = \frac{4}{5}$$

$$PC = 0,8$$

Assim, a parte da companheira corresponde a 0,8 do que receber cada filho.

2.ª Fase:

$$PF = \frac{H}{N^{\circ} F + PC}$$

$$PF = \frac{5.800,00}{5 + 0,8}$$

$$PF = \frac{5.800,00}{5,8}$$

$$PF = 1.000,00$$

Resultado:

Cada filho herdará: R\$ 1.000,00

Companheiro sobrevivente: R\$ 800,00 (0,8 x 1.000,00)

Por fim, Gustavo M. Schlösser e Wesley S. Collyer (ESMESC, v. 11, n. 17 *apud* Cassettari, 2008, p. 141), elaboraram a seguinte solução:

$$S = na + nc \qquad X = \frac{nc + s}{2 \times s} \qquad f = \frac{h}{s + X} \qquad e = f \times X$$

Onde,

Valor da herança = h

Número de filhos só do *de cujus* = na

Número de filhos comuns = nc
 Número total de filhos = s

Valores almeçados:

Proporção a ser recebida pelo companheiro sobrevivente em relação a cada filho = X

Valor a ser recebido por cada filho = f

Valor a ser recebido pelo companheiro sobrevivente = e

Exemplificando:

João conviveu em união estável com Maria por 10 anos e faleceu em 12.01.2003, já na vigência do Código Civil de 2002.

João possuía bens particulares anteriores à união no importe de R\$ 150 mil, os quais serão divididos igualmente entre seus dois filhos, um comum com Maria e outro de relacionamento anterior.

Bens adquiridos onerosamente na constância da união: R\$ 110 mil

Meação de Maria = R\$ 55 mil

O saldo de R\$ 55 mil será utilizado na fórmula, deste modo:

Primeiramente, descobriremos a proporção a ser recebida por Maria em relação a cada filho de João:

$$X = \frac{nc + s}{2 \times s} = \frac{1 + 2}{2 \times 2} = \frac{3}{4}$$

Depois o *quantum* devido a cada filho:

$$f = \frac{h}{s + X} = \frac{55}{2 + \frac{3}{4}} = \frac{55}{2,75} = 20$$

Por fim, o *quantum* a ser recebido por Maria:

$$e = f \times X = 20 \times \frac{3}{4} = \frac{60}{4} = 15$$

Resultado:

Cada filho herdará: R\$ 20.000,00

Companheiro sobrevivente: R\$ 15.000,00

Este valor, explicam os autores, “está n afixa entre o que ela [Maria] receberia se os dois filhos fossem comuns dela com João (18,33 mil reais – mesmo valor que cada filho receberia, segundo o inciso I do art. 1.790) e o que receberia se os dois filhos fossem só de João (11 mil reais – metade do valor que cada filho receberia, segundo o inciso II do art. 1.790).

3.3.4 Concorrência com ascendentes

Se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou, na falta destes, os colaterais) terá direito a um terço da herança (art. 1.790, III, do CC).

Vale aqui as mesmas considerações da concorrência do cônjuge sobrevivente com os ascendentes: reserva-se **um terço** da herança se concorrer com pai e mãe do falecido, ficando estes com dois terços. Entretanto, sendo **pré-morto** um dos ascendentes (pai **ou** mãe), ou sobrevivendo apenas avós, bisavós etc. do autor da herança, o companheiro **continua** tendo apenas um terço, enquanto, se fosse casado, perceberia **metade** dos bens (art. 1.837, CC). Tal fato marca, mais uma vez, a distinção entre cônjuge e companheiro na distribuição da herança em linha reta ascendente.

Se o falecido não deixou bens adquiridos onerosamente durante a convivência, mas apenas patrimônio havida antes da união, ou depois, mas a título gratuito, o companheiro nada receberá, pois meação não lhe cabe e tampouco a participação sucessória com os ascendentes.

3.3.5 Concorrência com colaterais

Eis aqui um dos maiores retrocessos no critério do sistema protetivo da união estável: sujeitar-se o companheiro a concorrer com os colaterais até o quarto grau.

Pela Lei n. 9.971/94, o companheiro recebia toda a herança na falta de descendentes ou ascendentes.

O Código Civil trata da mesma forma o cônjuge, colocando-o em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária. Entretanto, o companheiro receberá apenas um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a convivência e deixados pelo falecido, enquanto parentes distantes, um primo distante, sem proximidade afetiva alguma com o falecido, por exemplo, tocaria a maior parte do patrimônio. Ou seja, pode não receber nada se, por exemplo, o único imóvel onde residia o casal, adquirido antes da vida comum, e supondo a habilitação de um herdeiro colateral, levará este a totalidade da herança, ficando aquele desprovido de qualquer participação. Até mesmo o direito real de habitação lhe foi privado.

Daí concluir, sobre este rebaixamento no trato sucessório do companheiro, pelas palavras de Veloso (2003, p. 293 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 174-175), os seguintes comentários:

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações afetivas entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do *de cujus*. Temos de convir: isto é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do *caput* do art. 1.790, que foi analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, mas, apenas, o que foi adquirido na constância da união estável, e a título oneroso.

[...]

Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculo biológico, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

Mesmo sobre o manto de severas críticas, os tribunais já se manifestam no sentido de que não há inconstitucionalidade na redação do art. 1.790, III, da novel legislação na concorrência da companheira em concurso com irmãos do obituado.

3.3.6 Sucessão pura – totalidade da herança e concorrência com o Poder Público

Não havendo parentes sucessíveis (descendentes, ascendentes e colaterais até o 4º grau), terá direito à totalidade da herança (inc. IV, do art. 1.790, do CC), restrita, reitere-se, aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência. Ou seja, se os bens forem particulares (adquiridos antes da união estável ou a título gratuito), nada será atribuído ao companheiro. Pelo contrário, serão arrecadados como herança jacente, a converter-se em herança vacante, com adjudicação ao ente público beneficiário (Município, Distrito Federal, se localizado nas respectivas circunscrições, ou União, quanto situado em território federal – art. 1.844 do CC).

Compartilha deste entendimento, concorrência com o Poder Público, Inacio Carvalho Neto (2007, p. 192 *apud* Cassettari, 2008, p. 132):

Ou seja a herança será parcialmente vacante se, mesmo havendo companheiro, não tiver o *de cuius* deixado outros herdeiros, deixando, contudo, bens anteriores à união ou adquiridos a título gratuito. Não socorre a redação do art. 1.844, que deve ser interpretado também em consonância com o *caput* do art. 1.790.

Seria muito simples e seriam evitadas polêmicas, caso a interpretação literal e mesmo a teleológica levasse à conclusão de que a expressão totalidade da herança diz respeito a todos os bens pertencentes ao companheiro falecido (adquiridos gratuita ou onerosamente durante ou não a união estável, particulares, sub-rogados etc.).

Autores há, porém, que fazem a seguinte exegese: desprezar a referência do *caput* do art. 1.790 quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, e abandonar a sua vinculação ao inciso IV. Nesse sentido Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2002, p. 600 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 176): “não está claro na lei como se dá a sucessão dos bens adquiridos a título gratuito pelo falecido na hipótese de ele não ter deixado parentes sucessíveis.” Concluem pela atribuição da totalidade da herança ao companheiro, antes do ente público.

O CC 1.790 *caput*, sob cujos limites os incisos que se lhe seguem devem ser interpretados, somente confere direito de sucessão ao companheiro com relação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nada dispondo sobre os bens adquiridos gratuitamente durante esse mesmo período. É de se indagar se, em face da limitação do CC 1.790 *caput*, o legislador ordinário quis excluir o companheiro da sucessão deles para que fosse deferida à Fazenda. Parece-nos que não, por três motivos: a) o CC 1.844 manda que a herança seja devolvida ao ente público, apenas na hipótese de o *de cuius* não ter deixado cônjuge, companheiro ou parente sucessível; b) quando o companheiro não concorre com parente sucessível, a lei se apressa em mencionar que o companheiro terá direito à totalidade da herança (CC, 1.790 IV), fugindo do comando do *caput*, ainda que sem muita técnica legislativa; c) a abertura de herança jacente dá-se quando não há herdeiro legítimo (CC 1.819) e, apesar de não constar do rol do CC 1.829, a qualidade sucessória do companheiro é de sucessor legítimo e não de testamentário.

A solução seria, então, deslocar a disposição do inciso IV do art. 1.790 para um parágrafo distinto, fazendo ressalva às condições do *caput*, para deixar claro que seria efetivamente toda a herança a caber ao companheiro na falta de parentes sucessíveis.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se manifestou pela inconstitucionalidade do dispositivo e afastou a concorrência com o Poder Público¹⁵.

Argumentos há em ambos os sentidos, seja para a defesa de haver ou não haver a concorrência do companheiro sobrevivente com o Poder Público.

Certo é que carecem de harmonia o *caput* do art. 1.790 (participação nos bens adquiridos onerosamente durante a convivência) e inciso IV do mesmo dispositivo quando fala em “totalidade da herança”.

3.4 Direito de usufruto

Pelas Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, assegurava-se ao companheiro, em concurso com descendentes ou ascendentes do falecido a participação na herança mediante direito de usufruto em $\frac{1}{4}$ ou $\frac{1}{2}$ dos bens.

O Código nada regulamentou acerca do direito ao usufruto de parte dos bens, assim como foi feito em relação ao cônjuge supérstite.

A perda foi compensada pela participação concorrencial do companheiro na herança, sob certas condições, no art. 1.790 e incisos do CC. Em síntese: recebendo o mais, que é a propriedade sobre parte dos bens, o viúvo já tem incorporado a seu favor o direito de usufruto inerente à propriedade naqueles bens.

Nesse sentido conferir Cassettari (2008, p. 143):

¹⁵ “Colaterais. Exclusão do processo. Cabimento. A decisão agravada está correta. Apenas o companheiro sobrevivente tem direito sucessório no caso, não havendo razão para permanecer no processo as irmãs da falecida, parentes colaterais. A união estável se constituiu em 1986, antes da entrada em vigor do novo Código Civil. Logo, não é aplicável ao caso a disciplina sucessória prevista nesse diploma legal, mesmo que fosse essa a legislação material em vigor na data do óbito. Aplicável ao caso é a orientação legal, jurisprudencial e doutrinária anterior, pela qual o companheiro sobrevivente tinha o mesmo *status* hereditário que o cônjuge supérstite. Por essa perspectiva, na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro sobrevivente tem direito à totalidade da herança, afastando da sucessão os colaterais e o Estado. Além disso, as regras sucessórias previstas para a sucessão entre companheiros no novo Código Civil são inconstitucionais. Na medida em que a nova lei substantiva rebaixou o *status* hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, violou os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Negaram provimento” (TJ/RS, 8ª Câm. Cív.; AI 70.009.524.612-Porto Alegre, rel. Des. Rui Portanova, j. 18.11.2004, v.u.).

Nossa posição é no sentido de que as leis supracitadas foram revogadas diante da incompatibilidade com a recente lei e por ter, especialmente no tocante ao direito sucessório estabelecido no art. 1.790 que o companheiro “*participará da sucessão do outro (...) nas condições seguintes*”, o que em nosso entender leva à conclusão de que em outras condições que não estas estabelecidas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro¹⁶.

Porém, não faltam argumentos em contrário. Entre eles o de Maria Berenice Dias (2007 *apud* CASSETTARI, 2008, p. 143):

Como o novel estatuto não revogou expressamente esses diplomas legais, e não disciplina exhaustivamente a matéria, pois não prevê o direito de habitação e o direito de usufruto, mister reconhecer que não estão derogados esses direitos deferidos na legislação pretérita. Outra não pode ser a conclusão em face do que dispõe os §§ 1.º e 2.º do art. 2.º da LICC.

3.5 Direito real de habitação

Como já vimos no item referente a tal direito, quando falamos da sucessão do cônjuge, trata-se de benefício patrimonial de manifesto cunho social e humanitário, por garantir moradia a quem eventualmente não dispõe de recursos suficientes para sua aquisição.

Pelo Código, concedido ao cônjuge sobrevivente (art. 1.831, CC), mas não ao companheiro, que pode ficar à míngua de condição mínima de existência, porque sujeito à compulsória desocupação do imóvel onde vivia com o falecido. Isso, como visto, não é uma situação difícil de ocorrer. Basta visualizar a hipótese de bens adquiridos antes da união estável ou a título gratuito, caso em que o companheiro carece do direito à meação e tampouco concorre na herança. Nessa circunstância, a herança será deferida com exclusividade aos descendentes, ascendentes ou colaterais até o 4º grau, que certamente não aceitarão repartir o uso do imóvel residencial com o companheiro supérstite.

O Enunciado n. 117 do Conselho da Justiça Federal, em interpretação ao art. 1.831 do Código Civil, dispõe: “O direito real de habitação deve ser estendido ao

¹⁶ Neste sentido: TJSP, 9.ª Câmara de Direito Privado, AI 336.392-4/8-00, rel. Des. Ruyter Oliva, j. 29.06.2004, v.u., negaram provimento ao recurso.

companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.”¹⁷

3.6 Disputas entre companheiro e cônjuge separado de fato

Como visto no item 2.2.3.1 do capítulo anterior, pode ocorrer um enorme entrave judicial a ser desenvolvido no processo de inventário se o cônjuge separado de fato constituir união estável com outra pessoa.

O art. 1.723, § 1º, do Código Civil, não exige prazo da separação de fato. Nesse caso, vindo a falecer o cônjuge separado de fato e unido a outrem, deixará cônjuge e companheiro sobreviventes, ambos com direitos concorrentes na herança, sob condições de que o primeiro não esteja separado de fato há mais de dois anos ou que, em prazo maior, não tenha sido o culpado pela ruptura da sociedade conjugal. De quem seria a precedência legal para recebimento da herança na falta de descendentes ou ascendentes do falecido, ou para fins de concorrência com esses parentes? E se o raciocínio for invertido. A pessoa casada, separada de fato, teria direito à herança o cônjuge sobrevivente sobre bens deixados por companheiro de subsequente união estável. Supondo, claro, a aquisição onerosa de bens em nome exclusivo do companheiro, durante a convivência!

Com o disposto no art. 1.723, § 1º, do Código Civil, tornou-se legalmente possível o reconhecimento de união estável envolvendo pessoa casada e separada de fato. Assim, se o casado e separado de fato mantiver outra união estável, a solução legal quanto ao direito de sucessão no caso de sua morte resolve-se, à luz

¹⁷ Mesmo sem previsão expressa do legislador, e por um mero cochilo legislativo, poder-se-ia argumentar, em favor do companheiro, a subsistência do parágrafo único do art. 7º, da antiga Lei n. 9.278/96, assim redigido: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá o direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. A discussão doutrinária resume-se na revogação ou não daquela lei. Os favoráveis alegam que não houve revogação expressa, não há incompatibilidade de normas, e extensão analógica, pois o mesmo direito é assegurado ao cônjuge. Os desfavoráveis insurgem dizendo que foram revogadas as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96, pois o novo Código Civil disciplinou toda a matéria. Ademais, o art. 2.043 do CC, quanto às leis especiais, ressaltou apenas a vigência das disposições de natureza processual, administrativa e penal, revogando implicitamente as normas de direito civil.

do Código Civil, pelo fator temporal e pela inexistência ou não de culpa da separação de fato, conforme premissas arroladas por Euclides de Oliveira (2009, p. 181-182):

- a) se o prazo de separação for inferior a dois anos, independentemente de análise de culpa, o cônjuge terá direito à herança;
 - b) se o prazo for superior a dois anos, sem culpa do cônjuge sobrevivente, também a ele se atribuirá a participação hereditária;
 - c) se a separação de fato se deu há mais de dois anos, por reconhecida culpa do cônjuge sobrevivente, então o cônjuge perde o direito de herança.
- Tomando cada uma das situações descritas, imagine-se que o cônjuge falecido houvesse deixado companheiro de união estável mantida durante o tempo de separação de fato. Nas duas primeiras situações, em que o cônjuge sobrevivente conserva o direito de herança, haveria concorrência com o companheiro, que também adquiriu o mesmo direito hereditário sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência. O Código não prevê solução para a atribuição da herança a cada um dos supostos herdeiros em disputa, sendo de supor, por aplicação de justiça salomônica, que os bens devam ser partilhados meio a meio entre o cônjuge e o companheiro sobreviventes. Já na última hipótese, de perda do direito de herança pelo cônjuge, mais fácil o deslinde porque, então, sobraria apenas o companheiro como herdeiro dos bens aqüestos, em eventual disputa com outros parentes sucessíveis.

Há conflito novamente de normas. Para harmonizá-las, mister prestigiar o companheiro viúvo, em detrimento do cônjuge, pois este mantém vínculo meramente formal, caracterizado por reminiscência cartorária, enquanto aquele é quem, de fato e de direito, compunha a estrutura familiar do falecido. Todavia, esta conclusão é diversa do que resulta da literalidade da Lei, pela qual, claramente, os dois sobreviventes (cônjuge e convivente), seriam convocados.

A questão será resolvida pela jurisprudência, mas como bem observa Delgado Régis (2005, p. 218): “repugnaria à moral assegurar ao cônjuge direito sucessório sobre um bem adquirido pelo esforço comum da companheira.”

Na falta de previsão legal, não se pode desprezar o direito de um ou de outro. Há de se harmonizar o critério da partilha. Na última hipótese haverá uma dificuldade ainda maior, pois o cônjuge é o terceiro na linha sucessória, quando falem descendentes ou ascendentes, enquanto o companheiro somente receberia a totalidade da herança na falta, também, dos colaterais.

A propósito, precisos novamente os comentários de José Luiz Gavião de Almeida (2003, p. 217 *apud* OLIVEIRA, 2009, p. 183) como sendo a solução mais lógica, ampliando a compreensão do que sejam *parentes sucessíveis*:

Não se pode excluir o direito sucessório do cônjuge, porque não pode ser penalizado pela separação que não causou. Mas não parece justo excluir o novo companheiro de qualquer participação da herança, se já se constituiu união estável, duradoura e antiga. Fica, nessa hipótese, o companheiro, com direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Para tal entendimento, há que se ampliar a expressão *parentes sucessíveis*, utilizada no inciso III como no inciso IV do art. 1.790, para abranger qualquer pessoa beneficiada pelas regras da sucessão legítima, ou seja, qualquer daquelas constantes da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829. A solução parece mais lógica. Se o legislador entregou direito sucessório ao companheiro apenas em não existindo, por exemplo, colateral de quarto grau que sequer recebe em havendo cônjuge com direito sucessório, não se justifica afastar esse cônjuge no caso de concorrer, tão-somente, com o convivente. Assim não fosse, poder-se-ia chegar a soluções absurdas. Por exemplo, havendo a concorrência de cônjuge sobrevivente com companheiro sobrevivo, afastar-se-ia aquele e se beneficiaria este. Contudo, afastado o cônjuge sobrevivente, verificar-se-ia existente colateral sucessível que, por isso, retiraria a herança do convivente que recolheria tão-somente um terço dela. Nesse caso, o colateral estaria recebendo antes do cônjuge, numa completa inversão da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do novo Código. Se, em havendo colaterais, o convivente recolheria um terço da herança, não se justifica que recolha mais, se concorrer com cônjuge, que tem posição superior na ordem de vocação hereditária, da que goza o colateral.

Para evitar eventual aglomerado de exegeses doutrinárias e jurisprudenciais para solução do impasse, bastaria o legislador ter afastado o direito à herança por parte do cônjuge que não estivesse convivendo com o outro à data do óbito, sem necessidade de fixar prazo tão longo. O que faz recomendar a solução legal de afastar o direito sucessório do cônjuge separado de fato quando houver nova união do outro, de sorte a proteger apenas o partícipe da nova união familiar (ALMEIDA, 2003, p. 216).

CAPÍTULO 4 – PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

4.1 Considerações iniciais

As alterações introduzidas pelo Código Civil, se de um lado reforçam a posição sucessória do cônjuge, de outro, ensejam reparos na colocação e redação de certos dispositivos, principalmente pela injustificável distinção estabelecida entre cônjuge e companheiro no que tange à herança.

Ora se enaltece o direito do companheiro, por somar cotas hereditárias ao direito de meação sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência, e logo se rebaixa por nada receber na herança sobre os bens particulares do outro ou adquiridos a título gratuito, além da confusa distribuição de cotas na concorrência com descendentes e outros parentes sucessíveis. Pior, ainda, sua privação do direito real de habitação, em inadmissível desacerto com a garantia deste benefício ao cônjuge.

De outro lado eleva-se o cônjuge à classe de herdeiro necessário, sem que ao companheiro se conceda igual precedência. Houve excesso no privilégio concedido ao cônjuge, pois sua proteção patrimonial já está garantida pelo direito de meação, conforme seja o regime de bens. Concorrendo na herança com descendentes ou com ascendentes, priva o falecido de estipulação por testamento, desde que lhe conviesse manter o patrimônio dentro da sua própria linhagem de parentes.

Esses e outros pontos nebulosos fazem concluir pelos desvios de rumo do Código Civil, talvez justificados pela tentativa apressada de sua sintonização com a Constituição de 1988, mas sem se ater às peculiaridades de certos casos, ensejando a exigência de sua reforma, com alteração nos dispositivos concernentes à ordem da vocação hereditária.

Visando planificar o tratamento sucessório dispensado ao cônjuge e ao companheiro, sob a nova ótica constitucional no trato igualitário das entidades familiares, seja ela originária do casamento ou provinda da união estável, afastando,

enfim, os retrocessos do sistema normativo que antes lhes dava a almejada paridade, proposições têm sido oferecidas pela comunidade jurídica do País, em inúmeros simpósios, congressos, artigos etc.

Os argumentos que embasam essas propostas de mudanças legislativas¹⁸ na ordem da vocação hereditária concentram-se nas seguintes premissas:

1ª equalização de direitos entre cônjuge e companheiro;

2ª simplificação da atribuição das cotas hereditárias, no concurso entre o cônjuge, ou o companheiro sobrevivente e os descendentes e os ascendentes do falecido, bem como na situação em que esteja, o cônjuge, separação de fato do outro;

3ª eventual solução hermenêutica não se mostraria satisfatória para a produção de uma justiça “harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira”¹⁹.

4ª implementar no direito sucessório o princípio da operabilidade.

As alterações afetariam os arts. 1.829, 1.831, 1.832, 1.838 e 1.839 do Código Civil.

4.2 Sucessão do companheiro

O companheiro deve ser incluído no capítulo próprio, que cuida da ordem da vocação hereditária, e não nas disposições gerais.

Proposta: revogação do art. 1.790, e nova redação ao inciso III do art. 1.829, nos seguintes termos: “*Art. 1.829. (...) III – ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes;*”.

¹⁸ O projeto pioneiro foi apresentado pelo Dep. Ricardo Fiuza (Projeto de Lei n. 6.960, de 2002). Seguiram outras propostas, em trâmite no Congresso Nacional, em especial o Projeto de Lei n. 1.494, de 2005, enviado pelo Dep. Antonio Carlos Biscaia, substituído e revigorado posteriormente, em iguais termos, pelo Projeto de Lei n. 508, de 2007 (anexado ao presente trabalho), pelo Dep. Sérgio Barradas Carneiro, com base em sugestões apresentadas pelo IBDFam – Instituto Brasileiro de Direito de Família, no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado pelo instituto em 2003.

¹⁹ Vide Boletim do IBDFam, n. 22, ano 3, Caderno Direito e legitimidade, set./out. 2003.

4.3 Ordem da vocação hereditária

No que tange ao cônjuge, o art. 1.829, I, propõe um confuso sistema de condições ligadas ao regime de bem, negando concorrência nos casos de comunhão universal, separação obrigatória, ou se, no regime de comunhão parcial, o falecido não deixou bens particulares. Veja-se a contradição pela admissão da concorrência no regime de separação convencional, quando a vontade das partes haveria de prevalecer à vontade da lei, que decorre do regime de separação obrigatória, obstativa do concurso sucessório. Por fim, omite o Código quanto ao regime de participação final nos aquestos.

De outro lado, o companheiro leva demasiada vantagem sobre o cônjuge na concorrência sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, pois já tem meação sobre tais bens no regime da comunhão parcial (art. 1.725 CC), o que não ocorre com aquele primeiro. Se houver bens particulares, entretanto, o companheiro não tem meação, quando, deveria ter esse direito sucessório, por analogia ao direito assegurado ao cônjuge. De um lado, no que respeita aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, garante ao companheiro mais direitos que ao cônjuge; de outro, despe o companheiro de qualquer direito sucessório sobre bens em que não seja meeiro, enquanto, aqui sim, é que deveria ter participação concorrente na herança, como assegurado ao cônjuge.

Proposta: alteração dos incisos I e II do art. 1.829 do Código Civil, com a seguinte redação:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou o companheiro sobrevivente relativamente aos bens em que estes não tenham direito à meação, por decorrência do regime de bens;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou o companheiro;

4.4 Concorrências dos descendentes com cônjuge ou companheiro

Nos termos dos arts. 1.790, I e II, e 1.832, do Código, a concorrência do companheiro dá-se apenas sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o que acaba debelando, de forma imerecida, direitos sucessórios do cônjuge conforme demonstrado no item anterior. As cotas do companheiro são diferenciadas de acordo com a origem dos filhos (comuns – cota igual; exclusivos – metade). O cônjuge também está sujeito a essa diferenciação na participação das cotas: comuns – cota igual com o mínimo de $\frac{1}{4}$; exclusivos – não há garantia da reserva legal de $\frac{1}{4}$.

Como demonstrado neste trabalho, a dificuldade de partilhamento das cotas, ainda mais quando envolve filhos comuns e exclusivos, é tarefa intransponível.

Proposta: nova redação ao art. 1.832, incluindo o companheiro ao lado do cônjuge e simplificação da atribuição das cotas no concurso com descendentes, com a seguinte redação: “*Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, I), caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente quinhão igual aos dos que sucederem por cabeça.*”

4.5 Concorrências dos ascendentes com cônjuge ou companheiro

Atualmente o companheiro recebe a terça parte da herança se concorrer com ascendentes do falecido (art. 1.790, CC). Ao cônjuge, um terço se concorrer com ascendentes em 1º grau; metade se concorrer com um só ascendente de 1º grau ou de maior grau (art. 1.837 CC).

Proposta: alteração da redação dos arts. 1.836 e 1.837 do CC, para igualar a concorrência, nos seguintes termos:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente.

Art. 1.837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhes-á a metade desta se houver um só ascendente, ou de maior for aquele grau.

4.6 Cônjuge separado de fato

Nada justifica a perda do direito sucessório do cônjuge separado de fato há mais de dois anos, salvo prova de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1.830 CC), quando o mesmo Código admite a separação sem culpa por ruptura da vida em comum por mais de um ano (art. 1.572, § 1º) e o divórcio no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos (art. 1.580, § 2º), além de permitir o reconhecimento da união estável para o cônjuge separado de fato (art. 1.723, § 1º, segunda parte).

Proposta: excluir a referência a culpa e não constar prazo da separação, ou, quando muito, reduzir o tempo de separação de fato a um ano, com a seguinte redação: *“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato por mais de um ano.”*

4.7 Direito real de habitação

Direito assegurado expressamente ao cônjuge no art. 1.831. Omitiu o legislador, porém, em dizer que se trata de direito subsistente enquanto o cônjuge viver e não tiver outra união, seja por casamento ou união estável. A legislação anterior continha tais restrições. Assim, o cônjuge conserva o direito vitalício de

habitação, mesmo que venha a perder essa condição de viuvez trazendo para casa um novo cônjuge ou companheiro? Ainda, por que limitar tal direito à inexistência de outro imóvel residencial?

Por que não assegurado ao companheiro, como constava no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/1996?

Proposta: nova redação ao art. 1.831 do CC, com a seguinte redação:

Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, enquanto viver e não tiver nova união, o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família.

Parágrafo único. Na falta do pai ou da mãe, estende-se o direito de habitação ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.

4.8 Igualdade dos descendentes

Ao dizer que os **descendentes da mesma classe** têm os mesmos direitos sucessórios, o art. 1.834 do CC mostra sua impropriedade. Descendentes **constituem uma só classe**, mas **diferentes por graus**, sendo que os mais próximos preferem aos mais remotos, salvo o direito de representação (art. 1.833 CC).

Proposta: igualar os descendentes do mesmo grau, com a seguinte redação: “*Art. 1.834. Os descendentes do mesmo grau têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.*”

4.9 Totalidade da herança ao cônjuge ou ao companheiro e posição dos colaterais

Com a inclusão do companheiro na ordem da vocação hereditária, e de sua consequente precedência sobre os colaterais, propõe-se a revogação do art. 1.790, e nova redação ao art. 1.838, nos seguintes termos: *“Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.”*

Consequentemente, a sucessão dos colaterais dar-se-á na falta dos herdeiros precedentes, que são o cônjuge e o companheiro.

Proposta: nova redação ao art. 1.839 do CC: *“Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, nem companheiro sobrevivente, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.”*

4.10 Exclusão do cônjuge do rol de herdeiros necessários

Se a opção for pela não inclusão do companheiro como herdeiro necessário, viável a exclusão do cônjuge do rol dos herdeiros necessários, para tratamento equivalente de ambos. A vinculação obrigatória hereditária do cônjuge recebeu críticas da doutrina pelo seguinte motivo: mesmo que o casamento tenha sido celebrado no regime da absoluta separação de bens, por expressa convenção das partes, ocasiona indesejável distúrbio na partilha dos bens do falecido, quando não fosse de seu interesse atribuir bens para fora do círculo de sua família biológica. Ou seja, mesmo neste caso, se não há descendentes ou ascendentes, tais bens serão recebidos em sua integralidade pelo cônjuge, ainda que tal situação era indesejada pelo falecido.

Ora, se o regime for o da separação total dos bens, significa ter havido livre e expressa opção por parte dos cônjuges em manter incomunicáveis os respectivos

patrimônios. É muito utilizado quando há filhos de anterior união de um ou de ambos os cônjuges, o que torna ainda mais justificável o seu interesse em evitar mistura dos bens próprios. Em suma, afastando-se a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, possibilita-se o adequado planejamento patrimonial do titular dos bens, tanto no curso da relação conjugal como por disposição testamentária.

Proposta: alteração do art. 1.845 do CC com a seguinte redação: “São *herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes do autor da herança.*”

CONCLUSÃO

Todas estas razões alicerçam uma conclusão: a demora na tramitação do projeto de lei original (de 1972) que deu origem ao atual Código Civil fez emergir a necessidade de sua harmonização à ordem constitucional democrática, em ebulição desde 1988, e o todo arcabouço legislativo e jurisprudencial que já estava formado antes de seu advento. Ou seja, parece que o legislador não se ateu aos preceitos constitucionais referentes à família. Toda essa discussão poderia ter sido evitada com simples modificações.

Alguns retrocessos e dificuldades exegéticas no que concerne a determinados aspectos merecem reparos, pois pontos de confronto existem que, por falta de indispensável previsão de solução dos direitos dos sucessores legítimos.

Quanto ao cônjuge, não há posição firme sobre a reserva legal ou não de $\frac{1}{4}$ da herança no caso de filiação híbrida, bem como se no regime da comunhão parcial, o cônjuge herda somente bens particulares ou particulares e comuns. A jurisprudência varia perigosamente. Solução: mudança da lei ou aguardar a consolidação dos tribunais por meio de edição de súmula.

Também não há consenso na doutrina sobre a concorrência entre cônjuge e companheiro no caso de dissolução de fato do casamento. Para evitar outra batalha na exegese doutrinária e jurisprudencial para solução do impasse, bastaria ter afastado o direito à herança por parte do cônjuge que não estivesse convivendo com o outro à data do óbito, sem necessidade de fixar prazo tão longo. O que faz recomendar a solução legal de afastar o direito sucessório do cônjuge separado de fato quando houver nova união do outro, de sorte a proteger apenas o partícipe da nova união familiar. Opiniões também no sentido de que a solução seria dividir o patrimônio do falecido em dois montes: um que iria para o cônjuge, formado pelos bens adquiridos na constância fática do casamento, e outro que iria para o companheiro, referente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Por fim, doutrinadores há entendendo que o casamento se dissolve com o fim do afeto e não com a separação de direito (judicial ou extrajudicial). A separação de fato já demonstra a inexistência de afeto entre o casal, motivo pelo qual seria inconcebível a possibilidade de concorrência entre cônjuge e companheiro. A

solução seria o cônjuge receber a sua meação até a ocorrência da separação de fato. O companheiro a sua meação do período compreendido entre a separação de fato e a morte do companheiro. Mas, com relação à herança, esta seria dividida somente entre parentes do falecido em concorrência com o companheiro sobrevivente, pessoa escolhida pelo morto para constituir o relacionamento afetivo, de acordo com as regras do art. 1.790 do CC. Enfim, ponto controvertido sem solução aparente.

Quanto ao direito real de habitação do cônjuge sobrevivente, o Código excedeu-se ao não repetir a antiga expressão “enquanto viver e permanecer viúvo”, conforme legislação anterior, consagrando assim um direito real de habitação vitalício. Como concordar com a situação do filho incapaz (um deficiente físico ou mental, por exemplo), ou daquele com 50 anos de idade ter que ceder o imóvel do falecido a sua esposa (do quarto casamento com 20 anos). O melhor entendimento seria no sentido de conservar o critério da lei anterior e até lhe melhorasse a redação, dispondo que o viúvo manteria o direito de continuar morando no imóvel que servira de residência do casal enquanto não tivesse nova união ou casamento, como constava da Lei n. 9.278/1996, no seu art. 7º, parágrafo único (que concedia direito real de habitação ao companheiro sobrevivente).

Entretanto, hoje não existe mais o usufruto viudal, pois o cônjuge efetivamente é herdeiro necessário, além do direito à meação. Remanesce apenas o direito de habitação viudal, pois o cônjuge, qualquer que seja o regime adotado, tem direito de habitação relativamente ao imóvel com destinação residencial.

Quanto ao companheiro, embora não se justifique, sua alocação errônea se deu pelo fato de a união estável somente ter sido introduzida no texto do projeto na sua fase final de votação, quando das emendas apresentadas no Senado Federal, em 1997. Fez-se, então, um enxerto apressado do direito do companheiro na sucessão hereditária, sem que alterada fosse a ordem de chamamento previsto no art. 1.829 do Código Civil.

Quanto à sucessão, em certos pontos o companheiro foi tratado de modo muito inferior ao dispensado ao cônjuge. Primeiro, porque não tem direito real de habitação; não é herdeiro necessário; nada recebe se os bens foram adquiridos antes da convivência familiar ou, mesmo durante, ocorreu a título gratuito.

Essa diversidade de tratamento no plano sucessório não foi bem recebida por grande parte da doutrina. O argumento se baseia em fundamentos constitucionais,

pois o art. 1.790 estaria ofendendo o texto constitucional, porque agride a igualdade de proteção que a lei deve deferir a todas as espécies de família, uma vez que não há superioridade de qualquer das espécies familiares sobre as demais. Alguns autores propõem solução radical e simples para solucionar a desigualdade: declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil.

Por outro lado, em meio ao tratamento desigual, o legislador também favoreceu o companheiro em certo ponto em face do cônjuge. Enquanto o companheiro concorre com descendentes sobre os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o cônjuge sobrevivente concorre com aqueles em condições restritas a determinados regimes de bens. Ou seja, quando tenha a comunhão que lhe outorga meação nos bens, recebe apenas essa fração do bem comum, mas não participa na herança havida pelos filhos sobre tais bens. Aí a vantagem do companheiro que, unido sob o regime da comunhão parcial de bens, quando não convencie diversamente, conforme art. 1.725 do CC, tem garantido o seu direito de meação sobre os aquestos e ainda recebe a cota hereditária em concurso com os descendentes.

Como vimos, enquanto o cônjuge é considerado herdeiro necessário, o companheiro não o é; aquele se situa em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, o companheiro em quarto lugar; enquanto o cônjuge está arrolado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária para receber a totalidade da herança, o companheiro ainda se submete à concorrência com colaterais até o quarto grau antes de receber todo acervo hereditário; assim como o cônjuge o companheiro não tem direito ao usufruto vidual, mas alguns doutrinadores entendem que remanesce tal direito sob o fundamento de que as Leis Especiais 8.791/94 e 9.278/96 não foram revogadas, mantendo-se tal instituto ao companheiro; o cônjuge ainda conserva o direito real de habitação, enquanto o companheiro está à míngua. O Enunciado n. 117 do Conselho da Justiça Federal, em interpretação ao art. 1.831 do Código Civil, de modo contrário, dispõe que tal direito deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da CF/88.

Outra questão cercada de falta de respostas está na revogação (parcial ou total) das leis especiais anteriores que trataram da união estável (Lei n. 8.971/1994 e 9.278/1996). Ainda, a dúvida sobre a forma de divisão e quinhão de cada herdeiro, especialmente, quando o companheiro sobrevivente concorre com filhos comuns e

exclusivos do falecido, visto inexistir previsão legal a respeito, e ainda, se o termo “filhos” do inciso I do art. 1.790 se estende aos descendentes como cita o inciso II do mesmo artigo.

Ademais, se o companheiro participa da concorrência somente nos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável e não sobre os bens particulares, estaria a norma a permitir sejam os bens particulares considerados vagos, na falta de outros herdeiros, a compor uma herança jacente, abrindo a participação do Poder Público pareado com o companheiro sobrevivente.

Não bastasse a extrema falha na técnica e no conteúdo, causando tumulto e insegurança jurídica na variada casuística de identificação da convocação, de acordo com elementos jurídicos ou situações fáticas (existência de bens particulares, separação de fato por culpa do falecido, existência de filiação híbrida, incidência de cota apenas sobre patrimônio posterior à união etc.) e até injusto por, deixar a união estável mais atraente que o casamento, para efeito sucessório em favor do viúvo.

Visando planificar o tratamento sucessório dispensado ao cônjuge e ao companheiro, sob a nova ótica constitucional no trato igualitário das entidades familiares, seja ela originária do casamento ou provinda da união estável, afastando, enfim, os retrocessos do sistema normativo que antes lhes dava a almejada paridade, proposições têm sido oferecidas pela comunidade jurídica do País, em inúmeros simpósios, congressos, artigos etc.

Os argumentos que embasam essas propostas de mudanças legislativas na ordem da vocação hereditária concentram-se nas seguintes premissas: a) equalização de direitos entre cônjuge e companheiro; b) simplificação da atribuição das cotas hereditárias, no concurso entre o cônjuge, ou o companheiro sobrevivente e os descendentes e os ascendentes do falecido, bem como na situação em que esteja, o cônjuge, separação de fato do outro; c) eventual solução hermenêutica não se mostraria satisfatória para a produção de uma justiça “harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da

família brasileira”²⁰; d) implementar no direito sucessório o princípio da operabilidade.

Diante do exposto, tem-se que a atual legislação vertente sobre a situação do cônjuge e do companheiro sobreviventes é por demais iníqua. Mesmo considerando, como visto, a preferência pelo casamento, o legislador acabou por prejudicar o instituto da união estável, porquanto retirou uma proteção anteriormente dada aos conviventes (Leis 8.971/94 e 9.278/96). Essa proteção deve ser entendida como revogada por ser incompatível com a lei. Mesmo que o artigo 1.790 não se traduza em pura exteriorização de justiça, nele se encontram evidentes os sinais que determinam a participação do companheiro supérstite na sucessão.

Não se defende, aqui, a sobreposição da união estável sobre o casamento. Ocorre, contudo, que com o advento do Código Civil atual os direitos sucessórios conferidos aos companheiros caminham na contramão dos avanços anteriores. É patente a necessidade de uma nova reforma no que concerne à sucessão dos que convivem em união estável. A indispensável mudança, entretanto, deverá vir sem as deficiências presentes na legislação vigente.

Verdadeiramente, não se está de acordo com a igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e conviventes, mas discorda-se, ainda com mais afinco, que esses direitos se tornem tão divergentes. Se no âmbito do Direito de Família a legislação dispõe de mínimas vantagens ao cônjuge, não há por que na seara do Direito Sucessório a legislação ser tão díspar. Falta de bom-senso, no mínimo.

A solução parece ser única: alteração da legislação para sanar as dúvidas.

²⁰ Vide Boletim do IBDFam, n. 22, ano 3, Caderno Direito e legitimidade, set./out. 2003.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Galvão de. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. In: **Código Civil comentado**. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. t. XVII *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132-133.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____; Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil - Revogado**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

_____; Decreto-Lei n. 9.641, de 15 de julho de 1946. **Revogada**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

_____; Lei n. 8.049, de 20 de junho de 1990. **Altera dispositivos do Código Civil - Revogado**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

_____; Lei n. 4.121, de 10 de janeiro de 2002. **Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

_____; Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

_____; Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

_____; Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

_____; Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 de jan. de 2010.

BARROS, Flávio Monteiro de. **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Curso a distância federal, p. 3-4, Módulo IV.

_____; **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2004, p. 214-215 *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 140.

CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. **Revista jurídica da UniFil**, Ano 1, n. 1, 2004, p. 105-117. Disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/ceaf/rev31at1.doc>>. Acesso em: 01 de jun. de 2008.

_____; **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Professor Rubens Limongi França) *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 132.

CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Concorrência sucessória do companheiro sobrevive. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFam, v. 7, n. 29, p. 14, abr./maio 2005 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155.

DELGADO RÉGIS, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, IBDFam, ano 7, n. 29, p. 213, abr./maio 2005 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 122.

DIAS, Maria Berenice. Pós-escrito: Filhos, bens e amor não combinam. In: **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes

Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 438 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102.

_____; **Ponto e vírgula**. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/ber_sucessao.pdf>. Acesso: 19.09.2007 *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 108.

_____; **A união estável**. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 10.07.2007 *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 143.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6 *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 98.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 29, p. 11, abr./maio 2005 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: **Novo Código Civil: questões controvertidas**. Coords. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2003, p. 438 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

_____. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFam, v. 12, jan./mar. 2002, p. 74 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem da vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. In: **Novo Código Civil: questões controvertidas**. Coords. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2003, p. 445 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Nota Dez, n. 291, p.v35-44, jan. 2002 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128-129.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 600 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 7 *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 127.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Método, 2007, v. 6 *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 104.

TEIXEIRA GIORGIS, José Carlos. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese/IBDFam, ano 7, n. 29, p. 116, abr./maio 2005 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de família e o novo Código Civil**. Coords. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFam, 2003, p. 289 *apud* OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

COLLYER, Wesley S.; SCHLÖSSER, Gustavo M. O cálculo da proporcionalidade na sucessão entre companheiros. A aplicação do art. 1.790 do novo Código Civil. Florianópolis: Habitus. **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 11. n. 17 *apud* CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coords.). In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (Org.). **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 141.

ANEXO

PROJETO DE LEI N. 508, DE 19 DE MARÇO DE 2007

Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros de união estável.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

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 n. 10.406 – Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com 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 ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou o companheiro sobrevivente relativamente aos bens em que estes não tenham direito à meação, por decorrência do regime de bens;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou o companheiro;

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, excluídos os sub-rogados.”

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.”

“Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro 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, na abertura da sucessão, esteja sob domínio exclusivo do falecido ou deste e do sobrevivente.

Parágrafo único. O direito de habitação não será assegurado se o imóvel integrar a legítima dos descendentes menores ou incapazes.”

“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.”

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhes-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.”

“Art. 1.838. Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.”

“Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.”

“Art. 1845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes do autor da herança.”

“Art. 2.003. 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.”

Art. 3º Revoga-se o art. 1.790 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA DO PROJETO DE LEI

O presente Projeto de lei foi sugerido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.

A adaptação do Projeto do Código Civil às normas da Constituição Federal, notadamente quanto à qualificação como entidade familiar da união estável, intentada no Senado Federal, não se consumou, inteiramente, máxime no que concerne aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, resultando em redação confusa, que tem atormentado os aplicadores do direito. Por força do art. 226 da Constituição Federal, não pode o legislador infraconstitucional tratar desigualmente o companheiro, em relação ao cônjuge, porque não há hierarquia entre eles na vocação hereditária e até porque a união estável não compete com a união conjugal.

Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça e de garantia da paz familiar.

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, mostra-se certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.

A título de exemplificação, a respeito desse díspar tratamento, anatem-se os arts. 1.714, 1.720 e 1.722, nos quais, ao contrário do que ocorreu com o enunciado genérico do art. 1.711, alusivo a “entidade familiar”, apenas referem os cônjuges.

A revogação do art. 1.790 é necessária, pois o companheiro já estará contemplado, em igualdade de condições, no art. 1.829, com a redação ora proposta. Note-se que sua localização atual, no âmbito das disposições gerais do direito sucessório, é inadequada, pois trata de matéria atinente à ordem de vocação hereditária.

A alteração ao art. 1.829, além de igualar em direitos o companheiro ao cônjuge, retira, em definitivo, a dúvida acerca de quais os regimes de bens que admitem a incidência do instituto da concorrência com os descendentes, vencendo-se a confusa redação atual, pela retirada das ressalvas contidas no texto atual. O parágrafo único, ora proposto, afastará quaisquer dúvidas relativas às hipóteses de regimes patrimoniais de bens que admitirão a incidência da concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, quer na sucessão dos descendentes (inciso I), quer na sucessão dos ascendentes (inciso II). O parágrafo único proposto determina claramente qual o monte hereditário sobre o qual efetivamente deve incidir a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, excluindo as dúvidas mas, principalmente, a diversidade de tratamento quanto à entidade familiar (casamento ou união estável) à qual pertença o herdeiro concorrente (cônjuge ou companheiro) sobrevivente. Por outro lado, associando-se a redação proposta ao art. 1.829 com as dos arts. 1.832 e 1.837, haverá mais clareza quanto à porção patrimonial da herança que caberá quando ocorrer a concorrência.

A redação proposta ao art. 1.831 deixa expresso direito de habitação atribuído ao companheiro, em relação ao bem destinado à residência da família, que já tinha sido contemplado pela Lei n. 9.278/1996. Pela nova redação sugerida no caput, a restrição à titularidade exclusiva ou em condomínio com o sobrevivente sobre o imóvel objeto do direito real de habitação, justifica-se para não gravar ou onerar bem de terceiro, inclusive eventuais herdeiros, mas alheios ao contexto sucessório ao menos no que se refere a este imóvel. Ademais, considerando não mais ser vidual o direito, evita-se, assim, a constituição de um vínculo eterno e definitivo sobre o imóvel de terceiro (ainda que em condomínio), na medida em que a cada falecimento de um morador-condômino casado, ou que viva em união estável, por menor que seja o seu quinhão sobre o imóvel, restaria instituído novo direito real de habitação, e assim sucessivamente diante de novas núpcias do sobrevivente, e potencialmente por diversas vezes, comprometendo, inclusive, o direito de propriedade daqueles condôminos até eventualmente majoritários. Por sua vez, a previsão sugerida no parágrafo primeiro, tem por fundamento preservar o direito à legítima de herdeiros menores ou incapazes, com preferência ao benefício instituído em favor do sobrevivente, na medida em que aqueles, no confronto de posições, certamente merecem maior proteção.

Quanto à redação proposta ao art. 1.845, pretende-se determinar que os herdeiros necessários são apenas os descendentes e os ascendentes. A inclusão do cônjuge, promovida pela Lei do Divórcio, de 1977, revelou-se contraproducente e fator de disputas entre pais e filhos. Por outro lado, a quase total adoção do regime de comunhão parcial, já contempla o cônjuge com a meação dos bens adquiridos na constância do casamento, além da garantia do direito real de

habitação sobre destinado à moradia da família. De outro lado, a realidade brasileira tem demonstrado o expressivo número de núpcias além da primeira, deixados descendentes de leitos anteriores. E neste novo quadro de família plural, por vezes inexistente vínculo afetivo entre o atual cônjuge e os seus enteados. Assim, também para se evitar uma ligação patrimonial entre pessoas que não se relacionam, capaz de gerar nocivos conflitos e discórdias, o ideal é reservar ao titular do patrimônio a maior liberdade para dispor de seus bens, facultando-lhe, se assim desejar, promover seu planejamento sucessório da forma que melhor acomode os interesses de todos os envolvidos. Ainda, retirar o cônjuge da qualidade de herdeiro necessário confere ao matrimônio a certeza do envolvimento das partes apenas pelas relações afetivas, afastando qualquer risco de interesse patrimonial recíproco, independente da idade ou condição dos nubentes. É a comunhão de vida pelo amor, não pela perspectiva de herança, rompendo a ameaça da confusão entre sentimento e patrimônio.