

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
*CAMPUS* PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO

ERIKA ELLEN MAGALHÃES DE ALBUQUERQUE

**DIFERENCIAÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO PELO  
ATUAL SISTEMA JURÍDICO SUCESSÓRIO: CONFLITOS DE  
ORDEM PRÁTICA**

PARNAÍBA/PI

2014

ERIKA ELLEN MAGALHÃES DE ALBUQUERQUE

**DIFERENCIAÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO PELO  
ATUAL SISTEMA JURÍDICO SUCESSÓRIO: CONFLITOS DE  
ORDEM PRÁTICA**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – *Campus* Professor Alexandre Alves de Oliveira, Curso de Bacharelado em Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Geilson Silva Pereira.

PARNAÍBA/PI

2014



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ  
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ  
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



**MONOGRAFIA**

**DIFERENCIAÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO PELO  
ATUAL SISTEMA JURÍDICO SUCESSÓRIO: CONFLITOS DE  
ORDEM PRÁTICA**

de

ERIKA ELLEN MAGALHÃES DE ALBUQUERQUE

RESULTADO: \_\_\_\_\_

Geilson Silva Pereira

Orientador

Carla Patrícia Fontenele Cavallus da Silva

Examinador

Diágo de Moraes Rubem Siqueiros

Examinador

## AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho, primeiramente a Deus, por ter sido minha fonte de força e alento durante toda a realização deste trabalho.

Aos meus pais, por todo amor, dedicação e compreensão, sem os quais não teria chegado até aqui.

A todos os demais familiares e amigos, que torceram por mim, minha sincera gratidão.

A todos os professores da Universidade Estadual do Piauí, pela transmissão de valores e conhecimentos, em especial ao meu orientador, Geilson Silva Pereira.

## RESUMO

Este estudo examina a sucessão do cônjuge e do companheiro, discutindo a aplicação das normas introduzidas pelo Código Civil de 2002 a respeito do tema, o qual, sem dúvida alguma, constitui uma das mais significativas alterações no âmbito do Direito Sucessório Brasileiro. A pesquisa é desenvolvida a partir de análises comparativas sobre os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002 e na legislação anterior, procurando delimitar as principais modificações, em especial do que se refere à desigualdade de tratamento entre o cônjuge e o companheiro em matéria sucessória, o que não se justifica diante da concepção pluralista de entidade familiar adotada pela Constituição Federal de 1988, como acaba por dar ensejo a situações completamente injustas e desproporcionais. Busca-se com isso, proporcionar não só uma visão geral do atual regime dos direitos sucessórios de cônjuges e companheiros, mas oferecer também uma visão crítica do problema, apontado, em seguida, soluções.

**Palavras-chave:** Sucessão. Cônjuge. Companheiro.

## **ABSTRACT**

This study examines the succession of the spouses and partners, discussing the application of the rules introduced by the Brazilian Civil Code of 2002 regarding the subject, which, without any doubt, is one of the most significant changes in the Brazilian Succession Law. The research is developed from comparative analyzes on the succession rights of spouses and partners in the Civil Code of 2002 and in the previous legislation, seeking to delimit the main changes, specially the ones regarding the difference in treatment between the spouses and the partners in matters of succession, which is not justified by the family entity pluralistic conception adopted by the Federal Constitution of 1988, as it eventually enables completely unfair and disproportionate situations. This work's main goal is not only to provide an overview of the current system of succession rights of spouses and partners, but to also offer a critical view of the problem and then pointing the solutions.

**Keywords:** Sucession. Spouse. Partner.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	07
CAPÍTULO I NOÇÕES DE DIREITO SUCESSÓRIO.....	09
1.1. Conceito e Espécies de Sucessão .....	09
1.2. Sucessão Testamentária .....	12
1.3. Sucessão Legítima.....	14
1.4. Herdeiros Necessários: Direito à Legítima .....	15
1.5. Vocação Hereditária.....	16
CAPÍTULO II EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO SUCESSÓRIA NO BRASIL.....	19
2.1. Ordenações do Reino .....	19
2.2. Consolidação das Leis Civis .....	19
2.3. Código Civil de 1916 .....	21
2.4. Constituição Federal de 1988.....	23
2.5. Leis Especiais.....	25
CAPÍTULO III DISCUSSÕES ACERCA DA OPERABILIDADE DAS NORMAS INTRODUZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO .....	26
3.1. A Posição Sucessória do Cônjuge e do Companheiro e o Regime de Bens .....	27
3.2. Herdeiros Necessários.....	34
3.3. Sucessão do Cônjuge e do Companheiro em Concorrência com Descendentes.....	35
3.4. Sucessão do Cônjuge e do Companheiro em Concorrência com Ascendentes .....	39
3.5. Sucessão do Companheiro em Concorrência com Colaterais.....	40
3.6. Totalidade da Herança ao Cônjuge e ao Companheiro.....	41
3.7. A Possibilidade de Concorrência entre Cônjuge-viúvo e Companheiro Sobrevivente .....	42
3.8. Direito Real de Habitação .....	44
CAPÍTULO IV SUGESTÕES DE <i>LEGE FERENDA</i> .....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	50
REFERÊNCIAS.....	52

## INTRODUÇÃO

Cabe ao direito das sucessões regular a destinação dos bens de pessoa falecida, portanto, estabelece que a herança seja transmitida, preferencialmente, segundo a vontade expressa do autor da herança, consubstanciada em testamento, e, não havendo esse instrumento, seja deferida segundo disposição da lei. Logo, infere-se a existência de dois comandos do direito sucessório: a sucessão testamentária e a legítima.

Diz-se que a sucessão é legítima quando decorre de disposição de lei, que determina quais as pessoas habilitadas a suceder, segundo ordem de vocação hereditária.

A ordem de vocação hereditária vem sendo alvo de discussão desde o princípio do direito sucessório brasileiro, uma vez que procura suprir a vontade do falecido sem testamento. Deste modo, percebe-se que, ao mesmo tempo em que a família brasileira evolui, surge a necessidade de alteração dessa ordem de preferência.

No mesmo sentido, o Código Civil de 2002 modificou a anterior ordem de vocação hereditária, incluindo a figura do cônjuge nas primeiras classes sucessíveis, em concorrência com descendentes e ascendentes, o que já denota significativo avanço. Contudo, a nosso ver, a atual ordem de vocação hereditária ainda não reflete nossa realidade social, vez que não ampara os direitos sucessórios do companheiro.

Cabe trazer à baila que, em comparação à legislação anterior, o Código Civil de 2002 rebaixou a condição do companheiro, quando não lhe garantiu sucessão na totalidade dos bens, e quando lhe submeteu à concorrência com colaterais.

Assim, no âmbito do direito das sucessões, surgem constantes indagações a cerca da opção do legislador na diferenciação de trato entre o cônjuge e o companheiro.

Ainda com relação à ordem de vocação hereditária, merece destaque a difícil atribuição dos quinhões hereditários na concorrência entre herdeiros, já que são estabelecidos por lei em quotas de variáveis valores. Sobre o assunto, Euclides de Oliveira (2009, p. 08) comenta que: “nesse ponto, a nova lei civil brasileira enreda-se em verdadeiro imbróglio jurídico, por conduzir a uma inextricável trama de cálculos que talvez não se resolva a contento nem mesmo por acuradas operações de aritmética”.

Diante das dissensões apresentadas, o presente trabalho tem por enfoque trazer soluções ao tema, uma vez que se mostra relevante ao direito das sucessões.

Para chegarmos ao desfecho dessa obra, apresentando propostas de mudança legislativa que visem salvaguardar o ente familiar sem distinção dos modos de sua aquisição, bem como facilitar a apuração dos quinhões, importante se mostra a adoção das seguintes metodologias:

A metodologia dedutiva, fazendo um comparativo do atual Código Civil com as legislações precedentes, demonstrando as inovações trazidas no âmbito da ordem de vocação hereditária, e, concluindo com argumentos que embasam novas propostas de mudança legislativa.

Observaremos também o método histórico, a ser utilizado no segundo capítulo, que tratará da evolução da legislação sucessória no Brasil.

Igualmente se mostra de grande valia ao presente trabalho o método interpretativo, já que versa acerca da aplicação do direito sucessório ao caso concreto, o que somente se faz mediante os métodos da hermenêutica jurídica, a fim de se buscar o alcance e o sentido das normas aqui discutidas.

Por fim, ressalta-se que será utilizado o método comparativo com o intuito de se analisar a posição do cônjuge e do convivente no decorrer do direito sucessório brasileiro, visando pontos de semelhança e divergências.

O desenvolvimento linear do trabalho propiciará conclusões próprias a respeito da situação do cônjuge e do convivente diante dos novos dispositivos do Código Civil de 2002.

# CAPÍTULO I

## NOÇÕES DE DIREITO SUCESSÓRIO

### 1.1. Conceito e Espécies de Sucessão

A palavra *sucessão* significa em nosso vernáculo ato ou efeito de suceder, sequência, continuação, perpetuação, hereditariedade, em termos mais precisos, a sucessão acontece quando uma pessoa ocupa o lugar de outra, garantindo a continuidade de determinada relação, jurídica ou não.

Utilizando-se do conceito supra e adequando-o à realidade jurídica, a sucessão pode ser definida como ato jurídico pela qual se transfere a titularidade de bens, direitos e obrigações a sucessor legítimo, em virtude de lei ou negócio jurídico.

Deve-se ressaltar que a sucessão admite várias formas em Direito, deste modo, para que se possa delimitar ainda mais seu conteúdo, adequando-o ao direito sucessório, faz-se necessária a distinção entre sucessão *inter vivos* e *causa mortis*. A primeira constitui-se, em regra, mediante acordo de vontades. A última, essencial ao presente trabalho, decorre do evento morte, tendo por consequência a transmissão do patrimônio do falecido aos herdeiros.

Portanto, no direito sucessório, aplica-se o conceito de sucessão em sentido estrito, tão somente a originária de *causa mortis*, traduzindo-se na transmissão do acervo hereditário do *de cuius* aos sucessores legitimados por lei ou por disposição de última vontade.

*De cuius* provém do dito latino “*de cuius successione agitur*” que significa “aquele de cuja sucessão se trata”, no caso, o morto.

Cabe mencionar a importância jurídica da sucessão, uma vez que garante a perpetuidade da propriedade, não podendo determinado bem ficar sem dono, suprime-se sua ausência pela sucessão. Ademais, a morte não extingue as relações jurídicas firmadas pelo *de cuius*, que continuam, apenas com a substituição do sujeito passivo ou ativo pelos parentes sucessíveis, o que traz, evidentemente, maior segurança jurídica às relações no Direito, pois, de modo contrário, os credores ficariam prejudicados.

Aberta a sucessão, a transmissão imediata dos bens, direitos e obrigações do falecido aos herdeiros, sem solução de continuidade, é assegurada no direito sucessório

pelo princípio da *saisine*, que significa a transferência *automática* da posse e propriedade do referido patrimônio aos sucessores, desde que demonstrado o fato gerador da abertura da sucessão, no caso, a morte biológica.

Para Glauber Salomão Leite (2008, p.09), “trata-se, obviamente, de uma ficção jurídica, criada para evitar deixar acéfalo o patrimônio do autor da sucessão, na eventualidade de haver um hiato entre o instante da morte e o da aquisição da propriedade pelo sucessor”.

Complementando ainda nas palavras de Euclides de Oliveira (2009, p.52):

A abertura da sucessão dá-se com o óbito do titular dos bens, resultando na sua imediata transmissão aos sucessores, para efeitos de domínio e posse. Não há intervalo de jacência, delação, espera, a menos que não existam herdeiros conhecidos ou que os herdeiros renunciem à herança, pois então ocorrerá a declaração judicial de vacância para torna dos bens ao seu titular original, que é o Estado.

Do princípio da *saisine* decorre ainda a problemática no que concerne a declaração de ausência, vez que, desaparecida a pessoa, seus bens não seriam transmitidos automaticamente aos herdeiros, tendo em vista a necessidade de processo judicial para a transferência da posse e da propriedade, bem como do cumprimento das exigências descritas no Código Civil em seus artigos 22 a 39.

Insta mencionar que o art. 1784 do Código Civil trata da transmissão da *herança* após a abertura da sucessão. A herança, a que se refere, compreende o ativo e o passivo, portanto, transfere-se além dos direitos e bens do falecido, suas dívidas, bem como suas pretensões e ações.

A transferência do acervo hereditário aos sucessores ocorre imediatamente e de pleno direito, bastando apenas para a configuração da sucessão que o herdeiro sobreviva ao *de cujus*, ainda que venha a falecer no instante seguinte.

Portanto, uma vez demonstrado ser indispensável à sucessão *causa mortis* a existência de herdeiro, importante se mostra a identificação daqueles assim considerados por lei, basta que se analise o texto do supracitado artigo 1.784, *in verbis*, “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A menção destas duas classes de herdeiros decorre diretamente da classificação da sucessão, quanto à fonte, em *legítima e testamentária*.

Por oportuno, deve-se observar a existência de testamento para delimitar a incidência de cada uma das sucessões. Quando o direito sucessório do herdeiro deriva da vontade expressa do *auctor successionis*, constante em ato de disposição de última vontade,

testamento ou codicilo, fala-se que a sucessão é testamentária, quando o direito sucessório decorre diretamente de disposição legal, indicando os legítimos a suceder, conforme ordem de vocação hereditária, diz-se que a sucessão é legítima.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.42) define melhor a classificação, quando explica que:

Por isso se diz que a sucessão, considerando-se a sua fonte, pode ser legítima ou “*ab intestato*” e testamentária. Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária.

Ainda no que concerne ao direito sucessório do herdeiro, por sua vez, com relação aos bens sobre o qual recai, ou quanto aos seus efeitos, a sucessão classifica-se em *sucessão a título universal* e *sucessão a título singular*, “conforme seja atribuída a universalidade dos bens a um ou mais herdeiros, ou se faça a outorga de bens certos e determinados aos beneficiários”, segundo Euclides de Oliveira (2009, p.52).

Na sucessão a título universal é considerada a indivisibilidade da herança, uma vez que os herdeiros são chamados a suceder na sua totalidade, recebendo-a integralmente, havendo apenas um herdeiro, ou, se houver em número maior, será recebida segundo fração ou porcentagem correspondente.

Como dito anteriormente, a herança como um todo indivisível constitui-se do ativo e do passivo, por isso, diz-se que, no caso da sucessão a título universal, os sucessores sub-rogam-se no lugar do *de cujus*, passando a ser titulares de seus direitos e obrigações, para que, ao final, haja a partilha dos bens restantes, a partir do qual poderá se determinar os bens pertencentes a cada herdeiro. Tal modalidade de sucessão é possível tanto na sucessão legítima quanto na testamentária. Na legítima porque a divisão se dará na proporção dos herdeiros existentes, assim, sendo cinco o número de filhos, cada qual receberá vinte por cento da herança. Já na sucessão testamentária, é livre ao testador deixar quota ou porcentagem de sua herança a quem lhe aprouver, sendo desnecessária a identificação dos bens.

Caberá também ao autor da herança, ressalta-se que somente na sucessão testamentária, deixar bem certo e determinado, conhecido como “legado”, à pessoa por ele escolhida, como, por exemplo, uma casa de praia de tantos metros quadrados, indicando a rua, o bairro, sua localidade exata, etc. Diga-se de passagem, que o direito do legatário, recebedor do legado, não incide na herança, mas, tão somente, naquele bem, assim, se o mesmo vier a perecer, perece também o seu direito, não tendo, portanto, quaisquer direitos sobre os demais bens da herança.

Ademais, tendo alguém falecido e deixado herdeiros necessários, a legítima não será calculada na integralidade dos bens existentes, mas apenas no que se refere à herança líquida. Para se apurar o valor ideal sobre o qual incidirá a legítima, deve-se atentar, necessariamente, à demarcação daqueles bens que não incluem a herança por pertencerem ao consorte sobrevivente, em decorrência da dissolução da união conjugal, a depender do regime de bens adotado. Portanto, se o *de cuius* era casado no regime de comunhão universal de bens, seu cônjuge terá direito à metade de todo patrimônio a título de meação, destarte, a herança não os toca, correspondendo esta, tão somente, a meação que caberia ao falecido, além de seus bens particulares, quando comunicáveis.

Empós delimitar os bens pertencentes ao *auctor successionis*, procede-se com o cálculo do montante final da herança, excluindo-se as dívidas contraídas por ele antes do óbito, com a satisfação dos credores existentes à abertura da sucessão, além de despesas relativas ao funeral.

O produto final corresponderá ao valor da herança líquida, a ser dividida em duas partes, sendo que 50% representam a parte legítima, cabível aos herdeiros necessários, e os outros 50% constituem a porção disponível.

Resumindo o assunto até aqui abordado, conclui-se nas palavras de Glauber Salomão Leite (2008, p.14):

Desse modo, se o indivíduo tiver herdeiro necessário, o seu patrimônio, automaticamente, divide-se em duas partes iguais: uma metade é chamada de parte disponível, em relação ao qual vigora autonomia de vontade, vez que pode ser objeto de disposição testamentária, tendo o hereditando liberdade para aquinhoar quem ele quiser com esses bens; a outra corresponde à legítima, que passará aos herdeiros necessários por determinação legal, não podendo tocá-la o testador.

## 1.5. Vocação Hereditária

Segundo Euclides de Oliveira (2009, p.59), “entende-se por voca o hereditária o chamamento da pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido”.

O chamamento de herdeiro d -se conforme indica o em testamento, no caso de sucessão testamentária, ou pela ordem de voca o hereditária, em se tratando de sucessão legítima.

Contudo, só a indica o não basta,   preciso que sejam legitimados a suceder, o que se dá com a observância das normas do Código Civil, em especial a do art.1.798, que

diz: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

No que interessa a este trabalho, cabe fazer uma análise da vocação decorrente de disposição legal, aplicada à sucessão legítima, que surge da necessidade de suprir a vontade do autor da herança, quando não manifestada por testamento, de tal modo que se baseia na parentela do *de cuius*.

Considerando o disposto no art.1.829 do Código Civil, infere-se que a convocação dos herdeiros legítimos observa ordem preferencial, organizada em classes, em que a mais próxima exclui a mais remota, sendo a seguinte:

- I – aos descendentes, 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 – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais;

Carlos Eduardo de Castro Palermo (2007, p.19) esclarece a escolha legislativa, quando diz que “a ordem é baseada nas relações de parentesco e no vínculo conjugal ou de união estável. A dependência econômica e o vínculo de afinidade não são critérios de vocação hereditária, de modo que não se defere direito sucessório em benefício do pupilo, curatelado, sogra, genro, nora, enteado, enteada, padrasto e madrasta”.

Importante a ciência de que o vínculo de parentesco se procede por linhas e graus. A linha corresponde à ligação de pessoas com um mesmo tronco ancestral. Ocupa a linha reta os parentes que descendem uns dos outros, ficando os ascendentes em posição acima e os descendentes abaixo. No caso de uma pessoa ter o mesmo tronco ancestral de outra, sem ser sua ascendente ou descendente, diz que é parente colateral, vez que ocupa linha transversal àquela.

Quanto ao grau, necessária se faz a explicação de Euclides de Oliveira (2009, p.71):

Mede-se o grau de parentesco pela distância que vai de uma geração a outra, entre as pessoas sob vinculação familiar. Na linha reta, contam-se os graus pelo número de gerações, na relação existente entre o genitor e o gerado. Assim, há um grau entre pai e filho, dois graus entre avô e neto, três graus entre bisavô e o bisneto etc. Na linha colateral, a contagem é feita igualmente pelo número de gerações, subindo de um parente até o tronco comum e depois descendo até encontrar o outro parente. Nessa conformidade, bem se vê que não há parentesco de primeiro grau entre colaterais, uma vez que a contagem se inicia pelos irmãos, indo até a figura paterna e dela retornando, o que dá duas gerações, ou

parentesco de segundo grau; pelo mesmo critério, entre tio e sobrinho o parentesco é de terceiro grau, e de quarto grau entre primos.

Frise-se ainda que a existência de herdeiros de primeira classe, exclui os da classe seguinte, aqui considerados os descendentes, pois o cônjuge não afasta a sucessão dos ascendentes, vez que só herdará com exclusividade na terceira classe.

Existindo herdeiros de uma mesma classe, a regra é que o grau mais próximo exclui o mais remoto, salvo no direito de representação.

Assim, deixando o falecido descendentes, os filhos terão prioridade aos demais, pois ocupam o primeiro grau desta classe, o mesmo se procede com relação aos ascendentes, em que os pais são preferidos aos avós, por serem aqueles de primeiro grau e estes de segundo.

A exceção a esta regra se dá com o *direito de representação*, que, segundo o art. 1.851 do Código Civil, ocorre quando a lei chama descendente de herdeiro já falecido a suceder em todos os direitos em que este sucederia, se vivo fosse. Assim, há a possibilidade de concorrerem na herança filhos e netos do autor da herança, desde que estes últimos sucedam na parte que caberia a seu pai, filho pré-morto do de cujus.

Observa Carlos Eduardo de Castro Palermo (2007, p.19) “o direito de representação dá-se na linha reta descendente, nunca na ascendente e, ainda que, na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem”.

## CAPÍTULO II

### EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO SUCESSÓRIA NO BRASIL

#### 2.1. Ordenações do Reino

O Brasil quando ainda Colônia de Portugal regia-se pelas Ordenações Portuguesas. As primeiras Ordenações, conhecidas como Afonsinas e, posteriormente, Manuelinas, vigoraram no território brasileiro durante todo o século XVI, advindo, logo em seguida, as Ordenações Filipinas, com aplicação no referido território entre os anos de 1603 a 1858.

Quanto ao direito sucessório, as Ordenações Filipinas assim dispunham: “E falecendo sem testamento, a dará aos parentes mais chegados do defunto, segundo disposição do Direito, e partirá com os herdeiros do defunto todos os bens e coisas, que ambos haviam, asi móveis, como raiz”.

Destarte, evidencia-se que o direito sucessório do período Brasil-colônia em muito se assemelha com o atual sistema, já que previa a sucessão decorrente de testamento, e na falta deste, a sucessão decorrente de Direito em favor dos parentes mais chegados do defunto.

#### 2.2. Consolidação das Leis Civis

A Consolidação das Leis Civis de 1858 surge com a aspiração de unificar o sistema jurídico pátrio em decorrência da independência nacional. Elaborada por Augusto Teixeira de Freitas, a Consolidação condensou em um único diploma as ordenações Filipinas, leis e decretos portugueses, além de normas editadas no Brasil, sendo considerado verdadeiro Código Civil durante o período imperial.

Interessante a alocação do direito das sucessões dentre os direitos reais, vez que consistia em uma das modalidades de aquisição de propriedade, demonstrando abertamente o viés patrimonialista da Consolidação.

Referido ramo do direito civil é abordado no Livro II (*Dos direitos reaes*), título III (*Da herança*), que logo em seu primeiro capítulo trata da *sucessão á instestado*, declarando a seguinte ordem de vocação hereditária, *in verbis*:

Art. 959. Defere-se a sucessão á intestado na seguinte ordem:

§1.º Aos descendentes:

§2.º Na falta de descendentes, aos ascendentes:

§3.º Na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau por Direito Civil:

§4.º Na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente:

§5.º Ao Estado em último lugar.

Vê-se a dificuldade que se fazia outrora para a transmissão da herança ao consorte sobrevivente, vez que este era relegado à quarta classe, sendo preterido em favor de colaterais até o décimo grau, o que tornava a sucessão do cônjuge infactível.

Convém salientar o tratamento discriminatório dado aos descendentes em razão de sua origem, visto que sucediam apenas filhos *legítimos e ilegítimos sucessíveis* (art.960). A legitimidade atribuída ao filho decorria da união matrimonial entre os pais, isto porque a família conjugal era a única protegida por lei. Entretanto, o fato de não ter pais casados, não excluía da sucessão os herdeiros ilegítimos, desde que *naturais*, sendo assim considerados os que não fossem de origem adúlterina, incestuosa ou sacrílega (de clérigo), e, em se tratando de sucessão paterna, apenas os que fossem reconhecidos pelo pai mediante escritura pública (art.962).

Na ordem dos ascendentes dava-se preferência ao pai e à mãe, ou a qualquer deles na falta do outro, já que o grau mais próximo excluía o mais remoto (art.965). Contudo, no dispositivo seguinte havia restrição imposta ao direito sucessório do progenitor, pai ou mãe, caso contraísse segundas núpcias, reduzindo-o ao direito de usufruto sobre os bens nos quais iria suceder ou já havia sucedido em decorrência da morte de filho do primeiro casamento.

Referida restrição se dava por serem os bens da primeira família incomunicáveis à segunda, não podiam ser hipotecados nem alienados pelo ascendente usufrutuário, de tal modo que o art.969 previa a transmissão destes bens, por morte do pai ou da mãe, aos filhos do primeiro matrimônio, com exclusão absoluta dos filhos do segundo matrimônio, retornando, portanto, os bens à família de origem.

Quanto aos colaterais, sucediam os irmãos legítimos e ilegítimos, inclusive os nascidos de ilícito e punível coito, assim, não se exigia que os herdeiros ilegítimos fossem naturais, vez que os colaterais herdavam independentemente de sua origem. (art.972)

Ademais, como anteriormente exposto, ocupava a terceira classe sucessível os colaterais até décimo grau. Nota-se, portanto, que a Consolidação abrangia o maior número de colaterais possível em detrimento do direito do consorte, já que, segundo Euclides de Oliveira (2009, p.25), “o cônjuge somente teria direito à herança na falta dos parentes

sucessíveis e se, ao tempo da morte do outro, vivessem juntos e habitando na mesma casa (art.973)”.

Em seguida, a Consolidação das Leis Civis tratava da sucessão testamentária, que em muito se parecia com o nosso direito posto, visto que também era limitada pela legítima, tendo os herdeiros necessários, descendentes e ascendentes, direito sobre duas partes dos bens do testador, enquanto que a este era dado dispor apenas de sua terça parte. Dizia ainda que seria nulo o testamento se o testador dispusesse de toda sua herança em prejuízo dos herdeiros necessários, de cuja existência sabia.

Observa-se a instituição do Estado como herdeiro, ainda que ocupando a última posição, na qual se manteve até o advento do Código Civil de 2002. O Estado era chamado a suceder quando a herança fosse declarada jacente, nos casos em que o falecido não deixasse herdeiros legítimos nem testamentários ou, caso os deixasse, repudiassem a herança.

Por fim, destaca-se norma prescrita no art. 1.327, que concedia à mulher casada o direito de reivindicar bens doados ou transferidos pelo marido a sua concubina, ainda que separada dele, prescrevendo seu direito em quatro anos da separação. Referido direito seria transferido aos filhos com a morte da mãe, também com prazo prescricional de quatro anos a contar do seu falecimento.

### 2.3. Código Civil de 1916

O primeiro Código Civil brasileiro foi elaborado pelo augusto jurista Clóvis Beviláqua, publicado em 1º de janeiro de 1916, com *vacatio legis* de um ano, vigeu em nosso território de 1º de janeiro de 1917 a 10 de janeiro de 2002. Tratava do direito sucessório em seu livro IV, tendo sistematização semelhante a do atual Código Civil, com disposições sobre sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária, inventário e partilha.

Com o Código Civil de 1916, permaneceu no direito sucessório brasileiro a regra de que o grau mais próximo exclui o mais remoto, conforme ordem de vocação hereditária versada no art. 1.603, *in verbis*:

Art. 1603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes.

II – Aos ascendentes.

III – Ao cônjuge sobrevivente.

IV – Aos colaterais.

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.

## 2.4. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativas modificações nas codificações existentes, em especial no Código Civil de 1916, vez que suas normas, de cunho individualista e patrimonialista, não se adequavam a nova ordem constitucional, inspirada na valorização da pessoa humana.

Segundo Luciana de Paula Assis Ferriani (2010, p.26):

A Constituição Federal de 1988 disciplinou os direitos fundamentais e elegeu a dignidade da pessoa humana e o exercício da cidadania como fundamentos da nova ordem jurídica e social, promovendo uma profunda alteração dos valores jurídicos, o que fez com que fossem revistos diversos conceitos em todas as áreas do direito.

Interessa ao presente trabalho, as modificações implementadas pela Constituição de 1988 no âmbito do direito de família, com reflexos no direito sucessório, haja vista a estreita relação entre estes dois ramos.

O novo enfoque dado pela Constituição de 1988 às relações familiares abrange novos modelos de família, com primazia da família socioafetiva, vez que o afeto foi elevado a elemento central da entidade familiar. Neste diapasão, o jurista Glauber Salomão Leite (2008, p.162) aponta que:

O modelo de família reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico anterior à Carta (tendo como referência o revogado Código Civil de 1916), era baseado no patriarcal romano, patrimonialista e hierarquizado, todavia, com a nova ordem constitucional, passamos à família solidarista, de base extrapatrimonial, vez que centrada na solidariedade e no afeto mútuo entre os seus membros.

As principais normas que interessam ao presente trabalho são abordadas no Título VIII, *Da Ordem Social*, destacando-se o art. 226, §3º, e art. 227, §6º, que preveem, respectivamente, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado, e a igualdade de direitos dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias na lei relativas à filiação.

As supramencionadas modificações decorrem, essencialmente, do princípio da isonomia, expresso no artigo 5º, com ênfase para a vedação disposta pelo artigo 3º a quaisquer discriminações de origem, raça, sexo, cor ou idade.

Deste modo, já não é permitido em nosso ordenamento qualquer discriminação da família quanto a sua constituição. Ainda que não originária do casamento, a família sempre merecerá especial proteção do Estado, vez que o próprio documento constitucional a designa como base da sociedade.

Merece destaque a observação Glauber Salomão Leite (2008, p.165), que assim diz:

Questão importante é definir se a Carta, ao ampliar a proteção jurídica a vários modelos familiares, fixou algum tipo de hierarquia entre eles, de modo que alguma forma de família mereça proteção especial em detrimento das demais. A polêmica é ainda maior quando a análise é feita em razão dos direitos garantidos aos casados, em contraposição aos direitos previstos em favor dos partícipes de união estável.

Segundo a doutrina majoritária, o texto constitucional não equiparou a união estável ao casamento, já que determinou a conversão de um em outro, não se tratando, portanto, do mesmo instituto.

Contudo, embora seja ofertada maior segurança jurídica ao casamento, por ser ato solene, a formalidade em si não constitui fundamento suficiente para rebaixar a união estável, já que a intenção do constituinte foi salvaguardar todos aqueles que, por afeto recíproco, unem-se a fim de constituir entidade familiar, não tendo a Constituição de 1988 estabelecido qualquer hierarquia no que concerne à formalização do ato constitutivo em detrimento da família socioafetiva.

Corroborando com o entendimento, ressalta-se a conclusão do augusto doutrinador Glauber Salomão Leite (2008, p.167):

Creemos que a Constituição de 1988 realmente não estabeleceu qualquer hierarquia entre os diversos modelos de família, uma vez que a rigor, o que importa é exatamente a proteção da entidade familiar, como forma de se tutelar os interesses da pessoa humana. Nem poderia ser diferente, uma vez que, se a hipótese é de casamento, de união informal ou de relação mantida por qualquer dos pais e seus descendentes, todos esses enlaces são mantidos com base no amor e na solidariedade entre os participantes, tendo como objetivo último a busca pela felicidade. Nesse aspecto, todas essas entidades familiares se equivalem, não se podendo atribuir a qualquer delas papel de maior relevância em face das demais.

Destarte, em decorrência desse novo viés dado pela Constituição Federal à união estável, ficou ao encargo da legislação infraconstitucional regular a matéria, garantindo a esta nova entidade familiar a devida proteção do Estado.

## **2.5. Leis Especiais**

Visando adequar o direito sucessório às inovações constitucionais, mostrou-se necessária a edição de duas leis, Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e a Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, que outorgaram direitos de herança aos companheiros, de forma análoga aos direitos do cônjuge.

Assim, a Lei n. 8.971/94 previa expressamente a sucessão do companheiro na herança do outro, garantindo-lhe direito ao usufruto de um quarto dos bens, se houvessem filhos, e de metade dos bens, na existência somente de herdeiros ascendentes. Por outro lado, não havendo outros herdeiros além do companheiro, este herdava na totalidade dos bens.

Contudo, a que se ressalvar que a Lei n.8.971/94 tinha como requisito indispensável à concessão dos direitos sucessórios do companheiro o prazo mínimo de cinco anos de convivência ou existência da prole.

Referido pressuposto de configuração da união estável deixou de ser imperioso com o advento da Lei n. 9.287/96, que não previa prazo à constituição da união.

Quanto aos direitos sucessórios, destaca-se que a Lei n. 9.287/96 reconheceu o direito real de habitação do companheiro no imóvel destinado à residência da família.

### CAPÍTULO III

## DISCUSSÕES ACERCA DA OPERABILIDADE DAS NORMAS INTRODUZIDAS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Fazendo um retrospecto do disposto no capítulo anterior, percebe-se toda uma evolução legislativa voltada a figura do cônjuge no direito sucessório. Na Consolidação das Leis Civis, o consorte ocupava a quarta posição, deste modo, só herdava na ausência dos demais herdeiros, o que foi modificado pela “Lei Feliciano Pena”, em 1907, vez que houve inversão da terceira e quarta posição, passando o cônjuge a ter preferência em relação aos colaterais até sexto grau. Em seguida, passou a vigorar em nosso território o primeiro Código Civil, trazendo de inédito a previsão dos direitos de usufruto e habitação. Ressalta-se, como será demonstrado a seguir, que as modificações mais significativas no direito sucessório do cônjuge sobrevivente vieram com o Código Civil de 2002.

Quanto à união Estável, não se pode esquecer que, até pouco tempo, era tida como *concubinato*, palavra com conotação pejorativa, utilizada para todas as espécies de uniões extramatrimoniais. No entanto, existia uma preocupação legislativa no sentido de distinguir o concubinato “puro” do “impuro”, sendo o primeiro as uniões legítimas ou estáveis e o segundo aquelas decorrentes de pessoas impedidas de casar. É o que se observa pelo seguinte acórdão proferido pelo STF em 1962, que definia a companheira como sendo “a mulher que se une ao homem já separado da esposa e que se apresenta à sociedade como se legitimamente casados fossem”, enquanto que a concubina propriamente dita era “a amante, a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia e que o homem frequenta simultaneamente ao lar legítimo e constituído segundo as leis”.

O Código Civil de 2002 regula a união estável em seu art. 1.723 e seguintes, reconhecendo como tal toda união configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. O mesmo artigo, em seu §1º aplica à união estável os impedimentos matrimoniais, contudo, faz a ressalva de que não incide o impedimento quando a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Nota-se que não há previsão de qualquer prazo para a caracterização da união estável, bastando apenas que a união seja pública, contínua, duradoura e com o intuito de

constituir família, ao contrário da legislação anterior, em que se exigia o decurso de cinco anos ou a existência da prole.

Embora o §1º do artigo supramencionado não estabeleça prazo de separação de fato para o reconhecimento da união estável, o art. 1.830 garante os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente até dois anos após a separação, ou, ainda, se provar que a convivência tornou-se impossível sem culpa sua, independentemente da existência ou não de união estável do falecido.

Insta mencionar que as disposições oriundas do diploma civil reguladoras da união estável decorrem do art. 226 da Constituição Federal de 1988, que perfilha referido instituto como entidade familiar, colocando-o sob a proteção do Estado. Nota-se, contudo, que, no âmbito do Direito das Sucessões, as normas trazidas pelo Código Civil acerca dos direitos sucessórios do companheiro não foram satisfatórias, já que demonstram ser de difícil interpretação ao aplicador do direito, quando deveriam ser claras e de fácil aplicação, segundo o princípio da operabilidade.

O princípio da operabilidade consiste em princípio basilar do Novo Código Civil, juntamente com os princípios da eticidade e da sociabilidade.

Dizer que o Código Civil deve ser operável, significa requerer do legislador civil a produção de normas de entendimento inequívoco, possibilitando ao operador do direito aplicá-las facilmente.

Portanto, em meio a esses e tantos outros conflitos de ordem prática, necessária se faz aqui uma abordagem sobre aqueles dispositivos de direito sucessório de maior discussão acerca da intenção legislativa, refletindo sobremaneira em sua aplicação.

### **3.1. A Posição Sucessória do Cônjuge e do Companheiro e o Regime de Bens**

Após longa trajetória jurisprudencial e doutrinária no sentido de garantir maior proteção ao cônjuge, percebe-se que o Código Civil de 2002 aderiu a esse anseio social, quando traz, além de outros benefícios garantidos ao consorte, a concorrência com herdeiros de primeira e segunda classe e o direito à legítima, como será demonstrado a seguir.

No que se refere aos direitos do companheiro, o sobredito Código não fora tão feliz em suas disposições, vez que retrocede a importantes conquistas adquiridas pelos integrantes da união estável, quando se compara com o disposto em legislação precedente,

Lei n. 8.971/94 e Lei n. 9.278/96, sendo que referidas leis aquiescem melhor com as normas constitucionais.

Para melhor explicitar, nota-se a posição sucessória dispensada ao cônjuge e ao companheiro no Novo Código Civil, visto que, enquanto o primeiro é indicado como sucessor legítimo, com lugar na ordem de vocação hereditária, o outro é mero participante da herança, sendo seu direito sucessório regulado fora da sucessão legítima, no art. 1.790, o que demonstra desleixo do legislador civil, e uma evidente demonstração de como o tema fora abordado às pressas, de tal modo que coube sua colocação nas disposições gerais.

Passemos ao estudo dos referidos artigos:

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.

A sucessão do companheiro está alocada nas disposições gerais:

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos 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.

Carlos Eduardo de Castro Palermo (2007, p.112) faz a seguinte ressalva:

Ao tratar da ordem da vocação hereditária, no art. 1.829, do Código Civil, o legislador que elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário (art.1.845), possibilitou que o mesmo concorra com todas as demais classes de sua categoria, da seguinte forma: enquanto houver descendentes, estes são chamados a suceder, em concorrência com o cônjuge sobrevivente e, não os havendo, mas havendo ascendentes, estes herdarão em concorrência também com o cônjuge, o qual, na ausência das duas classes que consigo concorrem, herda sozinho.

Deste modo, mostra-se evidente, quando se analisa o art. 1.829, a intenção do legislador em melhorar a condição do cônjuge, vez que este passa a integrar as primeiras classes sucessíveis em concorrência com descendentes e ascendentes, e, caso não haja

descendente ou ascendente, herdará o acervo patrimonial na sua integralidade. Contudo, há que se observar na concorrência com os descendentes o regime de bens adotado.

Segundo Euclides de Oliveira (2009, p.94), “No ordenamento atual, o regime de bens importa para definição da meação e para o reconhecimento do direito concorrente de herança do cônjuge com descendentes, além de resguardo ao seu direito de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal”.

Importante que se faça, preliminarmente, a distinção entre herança e meação.

A meação decorre do regime de bens, e corresponde à metade dos bens comuns do casal, que será atribuída ao cônjuge em razão da dissolução da união conjugal, ocasionada pela separação judicial ou extrajudicial, nulidade ou anulação do casamento, bem como, no caso de morte do outro cônjuge.

Já a herança consiste no patrimônio deixado pelo cônjuge falecido, incluindo-se, portanto, a meação a que tinha direito quanto aos bens comuns, haja vista a dissolução do casamento pelo evento morte, bem como, os bens particulares por ele deixados.

Atualmente, existe em nosso ordenamento jurídico cinco regimes de bens, dentre eles, destaca-se o regime de comunhão parcial de bens, visto que, inexistindo pacto antenupcial que defina regime diverso, a lei determina que se aplique o da comunhão parcial, sendo portanto, regime legal. Nesse regime, os bens adquiridos por pessoa antes do casamento serão considerados bens particulares, dos quais não há direito de meação, quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, diz-se que são bens comuns do casal, portanto, sofrem meação com a dissolução do casamento.

No regime de comunhão universal todos os bens se comunicam, sejam particulares, sejam adquiridos na constância do casamento, significa dizer que o direito à meação do cônjuge recai sobre todo o patrimônio do outro, daí sua universalidade.

Há também os regimes de separação convencional de bens e separação legal de bens que são idênticos, o que diferencia é o fato de o regime de separação legal ser aplicado, obrigatoriamente, nos casos de casamento de pessoa maior de setenta anos, além daquela que depender, para a prática do ato, de suprimento judicial, e quando houver violação às causas suspensivas previstas no artigo 1.523 do Código Civil, sendo, portanto, sanção civil, não podendo o consorte escolher o regime que mais lhe convém, mediante pacto antenupcial. Nesses dois regimes, não há comunicação dos bens, de modo que todos serão particulares, pertencendo a um ou outro cônjuge, destarte, não recai direito de meação sobre eles.

Por fim, faz-se ressalva ao novo regime trazido pelo Código Civil de 2002, o regime de participação final nos aquestos, que tem composição híbrida, pois, assemelha-se ao regime de separação absoluta de bens durante o casamento, sendo todo o patrimônio formado por bens particulares, e, com sua dissolução, garante direito à meação sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união, o que nos leva ao regime de comunhão parcial de bens. Nota-se a maior complexidade deste regime, daí sua inocorrência no plano concreto.

Volta-se à análise do art. 1.829 do Código Civil, em especial do inciso I, que trata da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes, conforme regime o adotado. Infere-se que ficam excluídos da sucessão os que forem casados no regime de comunhão universal, separação obrigatória, ou, quando no regime de comunhão parcial de bens, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Por outro lado, fica assegurado o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente casado no regime de separação convencional de bens, regime de participação final nos aquestos e regime de comunhão parcial, quando o falecido houver deixado bens particulares.

Percebe-se que no regime de comunhão parcial, o cônjuge não herdará, ao menos se houverem bens particulares do falecido, aqueles que não forem afetados pela meação, impedindo, deste modo, que o cônjuge se beneficie duplamente dos bens comuns do casal, em detrimento do direito sucessório dos descendentes. Glauber Salomão Leite (2008, p.132) explica melhor esse entendimento, quando diz que:

Buscou-se atribuir ao cônjuge herança sobre os bens em que ele não tem direito como meeiro, com o fim de conferir proteção jurídica que ultrapasse sua participação no patrimônio comunitário, com base no regime de bens, em razão do término da sociedade conjugal pela morte do parceiro. Além disso, essa sistemática, ao mesmo tempo que confere uma tutela patrimonial mais justa em relação ao cônjuge sobrevivente, não descuida dos descendentes do falecido, por se ter evitado que aquele seja beneficiado duplamente do mesmo acervo patrimonial, como herdeiro e meeiro.

No mesmo sentido, afasta da concorrência com os descendentes o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens, posto que este já recebe a meação de todos os bens, de modo que, a outra metade fica resguardada aos demais herdeiros.

Contudo, o mesmo entendimento não foi estabelecido ao regime de participação final nos aquestos, tendo em vista que, assim como o regime de comunhão, após a dissolução, o direito à meação se dá sobre os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, logo, sensato seria que, também nesse regime, o cônjuge sucede-se apenas quanto aos bens particulares do *de cuius*, o que não se verifica, já que não houve menção a

qualquer limitação imposta ao casado com o falecido nesse regime, de modo que recebe a meação dos aquestos, tem direito sucessório sob a meação do falecido e, ainda, herdar sob os bens particulares.

A discussão maior gira em torno dos regimes de separação de bens, vez que o art. 1.829, I, impede a sucessão do cônjuge sobrevivente casado sob o regime da separação legal de bens, enquanto autoriza a sucessão daquele casado no regime de separação convencional de bens.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.152) explica que, no que se refere à exclusão do regime de separação legal “não faria sentido, com efeito, permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial”.

Contudo, injusta parece tal previsão, vez que, no regime de separação legal, o cônjuge não recebe bens a título de meação, merecendo, por óbvio, herdar sobre os bens particulares deixados pelo *de cuius*, de modo a não ficar completamente desamparado. Ademais, com este intuito, o artigo 1829, I, defere a sucessão dos casados sob o regime de separação convencional, o que demonstra ainda mais a necessidade de alteração do referido artigo.

Cabe ressaltar a crítica feita pelo ilustre doutrinador Glauber Salomão Leite (2008, p.144) às restrições impostas ao direito sucessório do cônjuge quanto ao regime de bens adotado:

Do exposto, é forçoso concluir que a sistemática da concorrência sucessória do cônjuge, com descendentes do falecido, é demasiadamente complexa, para dizer a verdade, é confusa, por conta da má redação do art. 1.829, I, como também do seu caráter sintético, pois o legislador disse muito menos do que deveria, deixando muitas dúvidas e questões em aberto. Ao combinar herança com regime de bens, teria sido mais feliz o codificador se estabelecesse, de forma expressa, o parâmetro utilizado para permitir ao cônjuge a participação na herança concorrente. Não o fez, obrigando o hermenêuta a buscar o fundamento normativo nas entrelinhas, mediante emprego, quase sempre, de interpretação a *contrario sensu*.

Logo em seguida dá a solução cabível ao duvidoso artigo 1.829 do Código Civil, quando diz que:

Por esse motivo, entendemos que o legislador teria agido melhor se não houvesse mencionado regime de bens algum, fator que tem alimentado as principais dúvidas acerca da matéria, gerando enorme insegurança jurídica. Melhor se a previsão legal se restringisse a permitir a concorrência sucessória do cônjuge em relação aos bens particulares do falecido, independentemente do regime de bens do casamento. Com isso, o cônjuge estaria devidamente protegido no plano sucessório, e sem prejudicar os descendentes do autor da sucessão, que ficariam com a parte da herança composta pelos bens extraídos da meação do casal.

Mediante o emprego de regra genérica, que não vinculasse a herança do consorte a nenhum regime matrimonial específico, mas com previsão expressa de que o direito do cônjuge recairia sobre os bens excluídos da comunhão, certamente teríamos uma regulamentação mais segura e justa (LEITE, 2008, p.144).

Com base nas divergências ora expostas, em complementação ao disposto pelo altivo jurista, demonstra-se a solução encontrada pelo Enunciado n.270, elaborado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004:

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

Quanto à sucessão do companheiro, o art. 1.790 faz menção apenas aos bens aquestos, que são aqueles adquiridos onerosamente na constância da união, não se referindo a quaisquer regimes de bens adotados na união estável. De modo que, independentemente de concorrência com outros herdeiros, o companheiro só participará da sucessão do outro quanto aos bens aquesto.

No mesmo sentido, preleciona o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. INABILITAÇÃO. NÃO CARACTERÍSTICA DE HERDEIRA. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. Segundo o art. 1.790, do Código Civil a companheira participará da sucessão do outro quando adquirir bens a título oneroso na constância da união. Inexistindo bens adquiridos onerosamente pelos companheiros, não há que se falar em habilitação em inventário como herdeira. Agravo improvido. (TJ-BA - AI: 03136129720128050000 BA 0313612-97.2012.8.05.0000, Relator: Rosita Falcão de Almeida Maia, Data de Julgamento: 04/12/2012. Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 06/08/2013)

Glauber Salomão Leite (2008, p. 176-177) faz crítica ao *caput* do artigo supra, dizendo ser mais sensata a proteção concedida ao cônjuge:

Nesse quesito, a proteção sucessória conferida ao cônjuge sobrevivente é mais coerente, pois assegura benefício patrimonial através do direito à herança, em acervo de bens do qual ele não tem participação como meeiro. Em relação aos bens adquiridos a título oneroso, durante o matrimônio, o cônjuge retira meação. e, quanto aos demais bens, excluídos da comunhão, ele recolhe herança. Trata-se de uma tutela completa, pois o cônjuge é beneficiado sob dois fundamentos distintos (meação e herança), que não se revela excessiva, na medida em que tais direitos não incidem sobre o mesmo acervo patrimonial, pois sobre os bens que ele retira meação, não herda, e sobre os que ele herda, não participa como meeiro.

Importante ressaltar o declínio introduzido pelo art. 1.790 do Código Civil nos direitos sucessórios do companheiro, já que a Lei n. 8.971/1994, que regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, não prevê quaisquer limitações a sua participação na sucessão do falecido em decorrência da comunicabilidade dos bens.

Destaca-se que referida previsão tem implicado em situações conflituosas quando se compara a sucessão do cônjuge e do companheiro em relação aos bens comuns e particulares deixados pelo falecido, favorecendo um ou outro a depender do caso.

Assim, se por um lado, atina-se duplo benefício concedido ao companheiro, em decorrência do direito de meação e herança sobre bens adquiridos onerosamente na vigência da união, por outro, nota-se maciça desvantagem do parceiro quando inexistirem bens comuns do casal, já que não detém direito sobre os bens particulares do falecido, o que não ocorre com o cônjuge.

Não se sabe, como em muitos outros pontos, a intenção do codificador, pois, embora muitas vezes pareça que o ordenamento dispensa maior proteção ao casamento, a que se analisar o caso concreto.

Nesse sentido remata Glauber Salomão Leite (2008, p.175):

Em que pesem as situações descritas anteriormente, que indicam a intenção do codificador em atribuir uma proteção legal maior aos casados, é possível identificar algumas hipóteses de maior aquinhoamento dos conviventes em relação àqueles, ainda que de modo accidental, pois, ao que tudo indica, essa não teria sido a intenção do legislador.

A desvantagem se torna perceptível quando se compara com a legislação anterior, pois, até então, na ausência de descendentes e ascendentes do falecido, o companheiro sobrevivente era herdeiro da totalidade da herança. Ademais, conforme lembra Euclides de Oliveira (2009, P.154), “basta anotar que o cônjuge tem direito de habitação no imóvel residencial deixado pelo falecido e para o companheiro não se prevê o mesmo direito, em sensível retrocesso à anterior previsão da Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único”.

Em comparação com o direito estrangeiro, destacam-se os avanços já conquistados por outros países da América Latina com relação à união estável, a começar pelo Código de Família do Panamá de 1994, que garante à união de fato com duração de mais de cinco anos todos os efeitos do casamento civil, enquanto que o México, desde seu Código Civil 1928, inclui expressamente os “concubinos” na ordem de vocação hereditária, aplicando-lhes as mesmas disposições relativas à sucessão do cônjuge.

Importante nesse ponto o comentário de Euclides de Oliveira (2009, p.154) sobre o tema, ao constatar que: “o direito sucessório do companheiro é flagrantemente

discriminatório em comparação com a posição reservada ao cônjuge. Nada justifica essa diversidade de tratamento legislativo quando todo o sistema jurídico à luz da Constituição recomenda proteção jurídica à união estável como forma alternativa de entidade familiar, ao lado do casamento”, e completa, dizendo que: “Foi apenas na sucessão hereditária que isso se deu”.

Corroborando com o entendimento, conclui-se com Carlos Eduardo de Castro Palermo (2007, p.70) que:

Todas essas considerações nos levam a retornar aos comentários já feitos, no sentido de salientar a incoerente colocação do art. 1790, no atual Código Civil, uma vez que, se de um lado o legislador inovou melhorando a posição do cônjuge sobrevivente em seus dispositivos, de outro, teve perfil retrógrado ao não incorporar o convivente nos mesmos, preferindo separá-lo e causar polêmica, uma vez que a Constituição Federal já havia disposto sobre a equiparação, a própria realidade social clama pela igualdade e as decisões jurisprudenciais assinalam a paridade.

### 3.2. Herdeiros Necessários

O Código Civil estabelece em seu art. 1.845 que: “São herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e o cônjuge”, e esclarece no art. 1.846 que: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

A legítima, como dito em capítulo anterior, protege os direitos sucessórios dos herdeiros necessários em face de disposições testamentárias, uma vez que, ainda que exista testamento, metade dos bens será resguardada aos herdeiros dessa classe.

A inovação trazida pelo dispositivo, quando se compara com o Código anterior, está na inserção do cônjuge ao rol de herdeiros necessários, já que antes o benefício da legítima era concedido apenas aos descendentes e ascendentes.

Com relação aos colaterais, herdeiros não protegidos pela legítima, é possibilitado ao autor da herança afastá-los da sucessão por disposições testamentárias, não sendo a sucessão deles obrigatória, de modo que são chamados de herdeiros facultativos.

Em situação semelhante encontra-se o companheiro, já que, conforme explica Luciana de Paula Assis Ferriani (2010, p.103), “se o companheiro não quiser beneficiar o sobrevivente com direito sucessório, poderá deixar de fazê-lo, designando outro herdeiro ou legatário mediante testamento. Isso é possível porque o companheiro sobrevivente não é herdeiro necessário”.

Carlos Eduardo de Castro Palermo (2007, p.62) defende que “os conviventes, de igual forma, deveriam estar situados no art. 1.845 do Código Civil, na qualidade de herdeiros necessários em equiparação ao cônjuge”.

Entretanto, embora existam críticas quanto ao teor do art. 1.845 do Código Civil, a intenção do legislador é clara, no sentido de não garantir ao companheiro o direito à legítima, pois, se assim o quisesse teria incluído o companheiro expressamente entre os herdeiros necessários.

Diferentemente do que ocorria na legislação anterior, quando não se sabia ao certo qual a *mens legis*, o que gerava conflitos na aplicação do direito, como explica Luciana de Paula Assis Ferriani (2010, p. 103-103):

Tivemos a oportunidade de mencionar que a legislação anterior deixava certa dúvida sobre ser o companheiro herdeiro necessário ou não. A Lei n. 8.971/94 dizia, de forma confusa, em seu art. 3º, III, que o companheiro sobrevivente teria ‘direito à totalidade da herança’ na falta de descendentes e ascendentes, o que gerou algumas conclusões no sentido de que não poderia haver testamento retirando o direito sucessório do companheiro. O entendimento que prevaleceu foi o de que, no período da Lei n. 8.971/94, o companheiro não poderia ser considerado herdeiro necessário, porque haveria grande desigualdade de tratamento em relação ao cônjuge. O Código Civil de 1916 não contemplava o cônjuge como herdeiro necessário, impedindo que o companheiro o fosse.

O inconformismo de alguns doutrinadores é justificável, pois, a diferenciação que se extrai do rol do art. 1.845 do Código Civil, por não incluir o companheiro, desrespeita a dignidade da pessoa humana, não sendo compreensível que integrante de uma entidade familiar fique desamparado pelo ordenamento jurídico sob o fundamento de proteção a mero formalismo adquirido pelo matrimônio.

Entretanto, embora ainda não tenha sido contemplado o companheiro neste artigo, já é um avanço a inclusão do cônjuge, espera-se que o mesmo se dê, o quanto antes, em relação ao companheiro.

### **3.3. Sucessão do Cônjuge e do Companheiro em Concorrência com Descendentes**

Nesse ponto, há que se analisar o quinhão hereditário atribuído ao cônjuge e ao companheiro quando em concorrência com descendentes, o que denota tarefa difícil, em especial pela complexidade na aplicação do art. 1.790, incisos I e II, e do art. 1.832 do Código de Civil, quando existirem filhos comuns do casal e exclusivos do falecido.

Assim, cabe ressaltar que a sucessão do cônjuge e do companheiro com descendentes se dá por cabeça, exceto pela previsão expressa no inciso II do art. 1.790 do Código Civil, que reduz o quinhão do companheiro à metade do que couber aos descendentes exclusivos do falecido.

O art. 1.832 do Código Civil institui a forma de atribuição dos quinhões hereditários quando concorrerem cônjuge e descendentes, dispondo que: “caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendentes dos herdeiros com que concorrer”.

Ressalta-se que os quinhões aqui discutidos recaem sobre os bens reservados à sucessão legítima, excluindo-se, portanto, aqueles constantes de disposição testamentária.

Inferre-se do citado artigo que o mesmo valor atribuído ao cônjuge será aos descendentes até o número de três, uma vez que, em havendo quatro ou mais descendentes, dissentirão os quinhões hereditários, ficando o cônjuge com um quarto de todo o acervo hereditário, enquanto que o restante, três quartos, será partilhado igualmente entre os descendentes. Entretanto, o referido artigo nos induz a desconsiderar o direito do cônjuge a um quarto da herança quando concorrer com descendentes exclusivos do falecido, pois, receberá, independentemente do número de filhos, valor igual.

Euclides de Oliveira (2009, p.113) demonstra, no caso prático, como o aplicador deve proceder na divisão dos quinhões hereditários:

A operação é singela, quando existentes não mais que três descendentes filhos, bastando que se faça a divisão pelo número dos filhos mais o cônjuge. Se houver um filho, receberá metade da herança, e o cônjuge terá a outra metade. Sendo dois os filhos herdeiros, divide-se a herança por três, incluído o cônjuge. Na hipótese de três filhos, mais o cônjuge, partilha-se por quatro a herança, tocando uma quarta parte a cada um. Complica-se o cálculo da quota devida ao cônjuge sobrevivente no caso de haver 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. Mas se os filhos forem exclusivos do autor da herança, receberá, de forma simples, o mesmo quinhão atribuído a cada um dos herdeiros, não importa quantos sejam.

Até então, não há maiores dificuldades na atribuição dos quinhões hereditários. Contudo, tendo em vista o crescimento em nosso meio social das famílias chamadas mosaico, que são aquelas compostas por casais com filhos comuns e, também, em decorrência de união anterior, filhos exclusivos de um ou de outro, tornou-se comum a sucessão de cônjuge com descendentes de origem híbrida. Assim, o cônjuge poderá ser ascendente de alguns dos herdeiros com que concorrer, sendo os demais herdeiros apenas descendentes do autor da herança.

para que se diferenciem as quotas da herança pela origem dos filhos concorrentes na sucessão”.

Nota-se a acentuada disparidade entre o direito sucessório do cônjuge e do companheiro na concorrência com descendentes, pois, enquanto o artigo 1.832 do Código Civil prevê ao cônjuge garantia de quota mínima no valor de um quarto da herança, por outro lado, o art. 1.790, II, reduz o direito sucessório do companheiro à metade do quinhão atribuído aos parentes exclusivos do falecido.

Da mesma forma, o Código Civil não prevê solução para os casos de concorrência do companheiro com filhos de origem híbrida, pairando dúvidas acerca da atribuição ao companheiro de quota equivalente a dos descendentes (art. 1.790, I, CC) ou apenas a metade do que lhes couber (art. 1.790, II).

No mesmo sentido, havendo descendentes de origem híbrida, a aplicação de quota proporcional ao número de filhos comuns e exclusivos, feita através de média aritmética, traz dificuldades na aplicação da norma ao caso concreto, ferindo o princípio da operabilidade do direito, de modo que, ou se estabelece quinhão igual para o companheiro, sendo todos os descendentes considerados filhos comuns, ou, quinhão reduzido à metade, quando todos os concorrentes serão considerados filhos exclusivos do falecido.

Observa-se o seguinte julgado quanto ao tema:

CÓDIGO CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. NO CASO DE UNIÃO ESTÁVEL, O CÓDIGO CIVIL DE 2002 DISCIPLINOU A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO DE MANEIRA DIVERSA DA DO CÔNJUGE. DIANTE DO ART. 1790 DO CC É CORRETO AFIRMAR QUE A INTENÇÃO DO LEGISLADOR É NO SENTIDO DE QUE O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE MANTERÁ A SUA MEAÇÃO E, ADICIONALMENTE, PARTICIPE DA SUCESSÃO DO OUTRO COMPANHEIRO FALECIDO. REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL AO DISPOR SOBRE A FORMA DE CONCORRÊNCIA ENTRE A COMPANHEIRA E HERDEIROS, RESTOU OMISSO QUANTO AOS CASOS DE FILIAÇÃO HÍBRIDA, OU SEJA, QUANDO HÁ HERDEIROS EM COMUM DOS COMPANHEIROS E HERDEIROS SOMENTE DO AUTOR DA HERANÇA, O QUE NÃO IMPLICA NA SUA INCONSTITUCIONALIDADE, CABENDO AO APLICADOR DO DIREITO SOLUCIONAR A CONTROVÉRSIA POR OUTROS MEIOS. A MELHOR SOLUÇÃO É DIVIDIR DE FORMA IGUALITÁRIA OS QUINHÕES HEREDITÁRIOS ENTRE O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE E TODOS OS FILHOS. RECURSO DE APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO PROVIDOS EM PARTE. (TJ-DF - APL: 31884120058070006 DF 0003188-41.2005.807.0006, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 29/04/2009. 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 12/05/2009, DJ-e Pág. 140)

### 3.4. Sucessão do Cônjuge e do Companheiro em Concorrência com Ascendentes

Na falta de descendentes, são chamados a suceder o cônjuge em concorrência com os ascendentes, nos termos do art. 1.829, II, do Código Civil.

Destaca-se, por oportuno, que referido dispositivo não condiciona a sucessão do cônjuge ao regime de bens adotado no casamento, deste modo, não afasta aqueles casados pelo regime de separação obrigatória, comunhão universal de bens ou comunhão parcial, quando inexistirem bens particulares.

Glauber Salomão (2008, p.157) menciona que o art. 1.829, II, expressa a intenção do legislador em conceder tutela sucessória mais efetiva ao cônjuge na concorrência com ascendentes do falecido.

O quinhão atribuído ao cônjuge varia com relação ao grau de parentesco do ascendente com quem concorre, estabelecendo o art. 1.837 o seguinte: “Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, o cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Na primeira parte entende-se que sempre o pai ou a mãe sobreviventes receberão quinhão igual ao do cônjuge, com relação aos ascendentes de grau superior, como avós, bisavós e etc., a esses caberão metade da herança, independentemente do número deles, cabendo à outra metade ao cônjuge.

Lembra-se que os ascendentes de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, sem distinção de linhas, observando-se ainda o disposto no §2º do art. 1836: “Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo à outra aos da linha materna”.

Mais uma vez, não se concede igual direito ao companheiro, pois, conforme preleciona o art. 1.790, inciso III do Código Civil, se o companheiro concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito apenas a um terço da herança. Entende-se por outros parentes sucessíveis os ascendentes ou colaterais até quarto grau.

Ademais, não bastasse receber quinhão apenas de um terço, ainda há a restrição imposta na concorrência do companheiro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

### 3.5. Sucessão do Companheiro em Concorrência com Colaterais

Insta mencionar que não há sucessão concorrente entre cônjuge e colaterais.

Como anteriormente analisado, o companheiro, diferentemente do cônjuge, concorre com os colaterais até quarto grau, ficando-lhe reservada quota apenas de um terço sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável.

O codificador, nesse ponto, não deixa dúvidas de sua preferência à entidade familiar derivada do casamento, pois, o cônjuge concorre sozinho na terceira posição, de modo que, exclui a sucessão dos colaterais, enquanto que, além de o companheiro concorrer com os colaterais, recebe apenas um terço da herança.

Injustificável se mostra a concorrência do companheiro com o colateral quando se observa que o art. 2º da Lei n. 8.971/94 não previa a concorrência entre esses herdeiros, dispondo que na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro teria direito à totalidade da herança.

Curiosa a comparação das situações apresentadas por Luciana de Paula Assis Ferriani (2010, p86), que demonstram a impropriedade da técnica legislativa ao atribuir aos colaterais quinhão correspondente a dois terços da herança. Na primeira hipótese diz que: “suponha-se que uma pessoa falece e deixa apenas um filho comum e uma companheira. O filho terá direito a receber metade da herança e a companheira a outra metade (dos bens adquiridos onerosamente)”; em hipótese diversa: “suponha-se que essa mesma pessoa não tenha deixado filhos, mas apenas a companheira e um primo. A companheira receberá apenas um terço da herança (bens adquiridos onerosamente) e o primo receberá dois terços”.

Ressalta-se inconcebível que os bens obtidos, onerosamente, por mútuo esforço dos companheiros, sejam atribuídos, em dois terços, aos colaterais, que em nada contribuíram para a aquisição de tais bens.

Portanto, mais adequado seria que, na falta de descendentes e ascendentes, coubesse a herança exclusivamente ao companheiro, o que já era previsto em legislação anterior.

Na mesma acepção, conclui Euclides de Oliveira (2009, p.175), ao observar “tamanha discrepância no tratamento dispensado ao companheiro, no concurso minoritário com parentes colaterais”, dizendo que “melhor seria manter o sistema da legislação revogada para, em similitude ao disposto com relação ao cônjuge, reservar ao companheiro a totalidade dos bens da herança como efetivo terceiro na ordem de vocação hereditária”.

Importante destacar crescente entendimento jurisprudencial nesse sentido, aplicando-se analogicamente o art. 1.829, III, do Código Civil à sucessão do companheiro:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em CONHECER do recurso de apelação e LHE NEGAR provimento, nos termos do voto do relator. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO.RECONHECIMENTO DA COMPANHEIRA COMO ÚNICA HERDEIRA NECESSÁRIA. INCONFORMISMO.INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790, III, DO CÓDIGO CIVIL RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE - NÃO INCIDÊNCIA - REGRA QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO AO COMPANHEIRO E AO CÔNJUGE.COMPANHEIRA QUE TEM DIREITO A TOTALIDADE DOS BENS DO DE CUJUS, APENAS NO CASO DE HAVER ASCENDENTES E DESCENDENTES. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS COLATERAIS. PLEITO FORMULADO PELA EX-ESPOSA DE PARTICIPAÇÃO NA MEAÇÃO DOS BENS - INSURGÊNCIA QUE DEVE SER REALIZADA POR VIA AUTÔNOMA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1186763-3 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Ruy Muggiati - Unânime - - J. 01.10.2014) (TJ-PR - AI: 11867633 PR 1186763-3 (Acórdão), Relator: Ruy Muggiati, Data de Julgamento: 01/10/2014. 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1438 20/10/2014)

INVENTÁRIO. SUCESSÕES. DECISÃO QUE ESTIPULOU A INCIDÊNCIA DO ART. 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, COM A DETERMINAÇÃO DE HABILITAÇÃO DOS PARENTES COLATERAIS DO AUTOR DA HERANÇA. EQUÍVOCO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1.829, INCISO III, E ART. 1.838, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, A FIM DE VEDAR A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA SOBREVIVENTES PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Com a promulgação da Constituição de 1988 e a elevação da união estável à condição de entidade familiar para conferir-lhe maior proteção do Estado, pode-se falar que a família é gênero, de que são espécies o casamento e a união estável. A distinção aos direitos sucessórios dos companheiros - inciso III do art. 1.790 do Código Civil - viola o princípio constitucional da igualdade, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, inclusive, contribuindo para o desenvolvimento econômico da entidade familiar. Os Tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não só para a cônjuge, mas, também, para a companheira, colocando-as em posição de igualdade na sucessão. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (TJ-SC, Relator: Gilberto Gomes de Oliveira, Data de Julgamento: 11/06/2014, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado)

### 3.6. Totalidade da Herança ao Cônjuge e ao Companheiro

O cônjuge, independentemente do regime de bens adotado no casamento, receberá a totalidade da herança, na falta de descendentes e ascendentes, por ocupar com exclusividade a terceira posição na ordem de vocação hereditária.

norma em questão excepciona de maneira clara a incidência do impedimento previsto no art. 1.521, VI, do Código Civil.

Portanto, surgem indagações acerca da concorrência do cônjuge e do companheiro na herança do falecido, a fim de se determinar onde terminaria o direito sucessório do cônjuge e onde começaria o do companheiro.

O art. 1.830 do Código Civil dispõe que: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Contudo, nota-se severa crítica doutrinária a respeito da redação do art. 1.830, vez que o Código Civil passou a permitir a separação de fato, sem discussão de culpa, pelo simples decurso de um ano, encontrando-se, portanto, ultrapassado o supracitado artigo.

Sobre o tema, Danielle Portugal de Biazi e David Cury Neto (2012, P.85) sugerem que:

Melhor seria que o legislador fixasse desde logo um marco para a cessação do direito à sucessão para o cônjuge separado de fato, seguindo a orientação pretoriana que sempre se inclinou pelo esvaziamento do regime de bens quando demonstrada a falta de convivência, uma vez sem esta já não haveria a divisão de esforço comum entre marido e mulher, mesmo se casados pela comunhão universal de bens, prevenindo-se, dessa maneira, o enriquecimento sem causa do supérstite.

Embora haja a possibilidade de coexistência de casamento e união, o Código Civil não previu solução para a atribuição da herança no caso do concurso entre cônjuge e companheiro, apenas tratando, separadamente, da sucessão do cônjuge no art. 1.829 e da sucessão companheiro no art. 1.790.

Revelam-se alguns pontos divergentes acerca do tema, pois, enquanto certos doutrinadores defendem que, para esses casos, o companheiro concorrerá apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, outros asseguram ao cônjuge direito sucessório somente sobre os bens adquiridos antes do início daquela união. Por outro lado, verifica-se que o afastamento do consorte propicia a sucessão dos colaterais em concorrência com o companheiro, burlando a ordem de sucessão testamentária do art. 1.829 do Código Civil, pois prevê a preferência do cônjuge sobre os colaterais.

Apontamos como melhor solução a que estabelece que o patrimônio do *de cujus* seja dividido em duas partes, uma constituída pelos bens adquiridos antes da união estável, sobre a qual recairão os direitos sucessórios do cônjuge, nos termos dos arts. 1.829, 1.832, 1.837 e 1.838 do Código Civil, e outra formada pelos bens adquiridos durante a união

## CAPÍTULO IV

### SUGESTÕES DE *LEGE FERENDA*

Tendo em vista a veemente necessidade de alteração dos dispositivos anteriormente analisados, de modo a garantir a operabilidade do direito sucessório, vem surgindo na comunidade jurídica constantes debates com esse intuito.

Dentre eles, destacamos as conclusões apresentadas no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam, em razão das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, que reuniu mais de 1.000 profissionais de Direito de Família de todo o país, sendo relatora a ilustre professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

As conclusões propostas nessa oportunidade preveem alterações quanto àquelas normas de difícil aplicação, sob a justificativa de que “eventual solução hermenêutica não se mostra 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”.

Ressalta-se que adiante serão demonstradas as modificações que interessam ao presente trabalho, com base nos estudos realizados no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, bem como, nas orientações dos doutrinadores até então citados.

Inicialmente cumpre mencionar, que dentre as várias propostas apresentadas pela comunidade jurídica, optamos por aquelas, a nosso ver, tendentes a simplificar o direito das sucessões e garantir isonomia na regulamentação dos direitos sucessórios advindos do casamento e da união estável.

Como não poderia deixar de ser, defendemos a revogação do art. 1.790 do Código Civil, para que o companheiro participe na sucessão do outro nas mesmas condições do cônjuge. Assim, todos os dispositivos que tratam da sucessão do cônjuge deverão ser alterados para passar a comportar a figura do convivente.

Consequentemente, modificar-se-ia a redação do art. 1.829 do Código Civil, passando a dispor o seguinte:

Art. 1829. A sucessão 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;

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2014.

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

DINIZ, Maria Helena. **Sucessão do cônjuge, do companheiro e outras histórias**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **Sucessão do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge sobrevivente: concorrência com parentes do falecido**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NUNES, Rizzato. **Manual da monografia: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2010.

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

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O cônjuge e o convivente no direito das sucessões: modificações introduzidas pelo Código Civil de 2002**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.