



TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

O REGIME SUCESSÓRIO DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

**Uma Análise do Direito de Concorrência
do Cônjuge Sobrevivo**

Victor Paulo Fernandes da Silva

Orientador: Prof. Dr. Valcir Gassen

Brasília, Outubro de 2012

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

O REGIME SUCESSÓRIO DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

**Uma Análise do Direito de Concorrência
do Cônjuge Sobrevivo**

Victor Paulo Fernandes da Silva

Orientador: Prof. Dr. Valcir Gassen

*Monografia submetida à Faculdade de Direito
como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Direito*

Banca Examinadora

Prof. Dr. Valcir Gassen
Orientador

Prof^ª Ms. Daniela Marques de Moraes
Examinador externo

Prof^ª Ms. Fernanda Dias Xavier
Examinador externo

Dedico este trabalho, antes de todos, ao meu Deus que, por seu filho Jesus Cristo, autor e consumidor da minha fé, permitiu-me o acesso ao verdadeiro tesouro, onde nem a traça, nem a ferrugem podem consumir, firmando-me na certeza de que “nem a morte, nem a vida, nem anjos, nem principados, nem coisas presentes, nem futuras, nem poderes, nem a altura, nem a profundidade, nem qualquer outra criatura poderá me separar do amor de Deus que está em Cristo Jesus meu Senhor” (Rm. 8:38-39).

Dedico também a meus pais, José Paulo e Lídia, as minhas verdadeiras âncoras no mar da vida, meus exemplos e alvos. Durante as horas doces e amargas da vida, foram eles que estiveram por mim. Nada disso seria possível sem seu esforço e abdicação em meu favor. Nada disso e nada de mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por ter me proporcionado chegar até aqui, por ter me sustentado na árdua caminhada e por me dar direção e sentido.

Agradeço especialmente a meu irmão, Robson Paulo, que durante toda a vida esteve por perto, me ajudando e inspirando, no mais das vezes com o seu averso das coisas. Este trabalho não teria sido possível sem ajuda dele, que junto comigo perdeu noites de sono e algo mais.

Sou grato ao Prof. Valcir Gassen, meu orientador neste projeto, por ter acolhido minha pretensão e prontamente fornecido sua ajuda, estando sempre acessível.

Agradeço à Prof^ª. Fernanda Dias Xavier pelos ensinamentos preciosos dentro e fora de sala de aula, ensinando-me a ver com mais perspicácia o Direito de Família e seus ramos e por, silenciosamente, me inspirar com sua competência e dedicação ao Direito.

Agradeço, ainda, a todos os outros amigos que me ajudaram nessa caminhada, compondo parte da minha vida e do meu saber.

“Se um homem não tem passado, não merece
ter história”

Zé Mulato

RESUMO

Cuida-se de monografia elaborada com o intuito de compreender os institutos do Direito das Sucessões vinculados especialmente à sucessão hereditária do cônjuge supérstite. De início, estudar-se-á a evolução histórica do fenômeno do direito de herança no Direito Pré-Codificado. Após, a análise recai sobre a história do Direito Civil brasileiro, mais especificamente no que se refere ao direito sucessório do cônjuge. Numa terceira etapa, serão estudados os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente no Novo Código Civil, atentando-se especialmente ao daquele casado pela comunhão parcial de bens. Enfim, será analisado o instituto do direito sucessório de concorrência, concluindo-se pela aplicação do princípio do não-desamparo como solução às controvérsias suscitadas.

Palavras-chave: Direito. Código Civil. Sucessões. Herança. Sucessores. Cônjuge. Descendentes. Direito de concorrência. Princípio do não-desamparo.

ABSTRACT

It is about monograph prepared in order to understand the institutes of Law of Succession especially linked to the hereditary succession of the surviving spouse. Initially, it will study the historical evolution of the phenomenon of the right of inheritance in Pre-Coded Law. After, the analysis is on the history of the Brazilian Civil Law, specifically in relation to spouse's inheritance right. In a third step, it will study the inheritance rights of the surviving spouse in the New Civil Code, observing that especially when married by partial community property. After all, it will analyze the institute of the inheritance right of competition, concluding that the principle of non-helplessness as a solution to the controversies sparked.

Keywords: Law. Civil Law. Successions. Inheritance. Successors.Spouse. Descendentes. Right of competition. Non-helplessness principle.

SUMÁRIO

Introdução	1
1. Breve apanhado histórico do direito sucessório do cônjuge no Direito Pré-Codificado	5
1.1 Do Direito Romano.....	5
1.2 As Sucessões nas Ordenações do Reino: O Direito Lusitano Aplicado no Brasil Colônia.....	9
1.3 Do Direito Brasileiro do Século XIX.....	14
1.4 A Lei Feliciano Pena de 1907.....	20
2. O Regime Sucessório do Cônjuge no Século XX	22
2.1 O Código Civil de 1916.....	22
2.2 O Decreto-lei 3.200 (Lei de Proteção à Família) e a Lei 883/1949.....	27
2.3 O Estatuto da Mulher Casada.....	28
2.4 O Código de Processo Civil de 1973.....	32
2.5 Súmula 377/STF – o reconhecimento jurisprudencial do não desamparo.....	33
2.6 A Emenda 9/1977 e a Lei do Divórcio.....	34
2.7 A Lei 6.858/80.....	38
2.8 A Constituição de 05 de outubro de 1988 e a flexibilização do conceito de família.....	39
3. O Código Civil de 2002: uma análise do regime sucessório da comunhão parcial de bens, a problemática do direito de concorrência com os descendentes	48
3.1 A comunicação dos aquestos e a definição dos bens particulares.....	48
3.2 Os direitos do cônjuge na sucessão do falecido.....	53
3.2.1 A preservação da na qualidade de herdeiro necessário.....	56
3.2.2 O direito real de habitação e o denominado “piso de herança”.....	58
3.3 Da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido – uma análise crítica do art. 1.829, inciso I, do Código Civil.....	61
3.3.1 A controversa redação do dispositivo legal.....	62
3.3.2 As diversas posições doutrinárias.....	65
3.3.3 As posições das 3ª e 4ª Turmas do STJ.....	69
Conclusão	73
Referências Bibliográficas	79

INTRODUÇÃO

Às vésperas da celebração da primeira década de vigência do Novo Código Civil, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, as reflexões e debates acerca dos diversos institutos jurídicos do Direito Privado, longe de estarem pacificadas com a novel legislação, só aumentaram com o Código Reale – assim conhecido em homenagem ao presidente da sua comissão elaboradora.

Alguns acusam a Lei Civil de ser retrógrada e reacionária, outros, no entanto, inquinam o Código de 2002 de abandonar institutos fundamentais do direito pátrio. A bem da verdade, o “novo” código, de certa forma, já nasceu velho, uma vez que lança suas âncoras na sociedade brasileira da década de 70, quando começou a ser elaborado.

Entretanto, justiça seja feita ao legislador, haja vista que nenhuma legislação de tamanho porte poderia ser plenamente atualizada, uma vez que as relações humanas são por natureza e têm sido cada vez mais voláteis e breves. A sociedade e seus institutos vêm passando por mudanças radicais num curto espaço de tempo. Nessa ótica, o Código Civil veio sim em boa hora, pois responde a essas mudanças necessárias, mas também já nasce, de certa forma, atrasado, uma vez que, apesar de ter se baseado em 1975, foi promulgado somente em 2002.

Cabe, portanto, não só ao legislador, mas também ao intérprete a adequação da norma ao caso concreto, atento às transformações sociais, culturais, históricas e econômicas que os rodeiam.

Nesse turbilhão de transformações pelos quais passaram o Direito e a sociedade brasileiros, poucas áreas sofreram tantas alterações quanto o Direito de Família e das Sucessões, pois o próprio conceito de família, essencial aos dois ramos da ciência jurídica, foi alvo de transformações drásticas no último século.

O presente trabalho, então, tem como um de seus primeiros objetivos traçar os rumos e analisar as influências das constantes mudanças na legislação civil, em especial no que se refere ao Direito das Sucessões e ao papel desempenhado pela mulher nessa seara.

Partindo, assim, de uma digressão histórica, pretende-se alcançar esclarecimento acerca dos fundamentos informadores da novel legislação e da própria sociedade brasileira, a fim de, numa análise sobre o tema da sucessão do cônjuge supérstite, lograr substrato teórico à esmerada compreensão e aplicação dos institutos do direito de herança.

Nessa trilha, mergulharemos no novo Direito das Sucessões, especialmente no que diz respeito à sucessão legítima e à sucessão do cônjuge supérstite. Com esse intuito, nenhuma outra questão é tão mais relevante e complexa nesse ramo do Direito que o direito de concorrência conferido ao cônjuge sobrevivente casado com o autor da herança pelo regime patrimonial da comunhão parcial de bens.

A redação confusa do art. 1.829, inciso I, do Código Civil, as diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema e os princípios sócio-jurídicos que lhe dão lastro serão o objeto do nosso estudo mais verticalizado.

Pretende-se com isso demonstrar não só as diferentes aplicações possíveis do direito sucessório de concorrência, mas também garantir fundamentos para a tomada de decisão pelo operador do Direito. Para tanto, revolver os fundamentos do Direito das Sucessões e das relações familiares é imprescindível.

Portanto, espera-se não o esgotamento do assunto, mas a contribuição efetiva, quiçá para além do campo acadêmico, na compreensão da matéria, a fim de consubstanciar decisões mais justas no âmbito naturalmente conturbado da partilha dos bens da herança. Afinal, os institutos do direito sucessório, relevadamente o do direito de concorrência, como a própria experiência forense tem demonstrado, têm sido tormentosos aos aplicadores do Direito, nas suas mais variadas esferas.

Dessa forma, aprofundar o estudo sobre o tema e compreender seus fundamentos é a única forma de lançar alguma luz na obscuridade que o cerca, tendo por certo, no entanto, que a discussão é ampla – e assim deve permanecer, dada a relevância da matéria.

Afinal, nada é tão certo na vida quanto a morte.

CAPÍTULO 1 - UM BREVE HISTÓRICO DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO DIREITO PRÉ- CODIFICADO

No intento de compreender as nuances e diretrizes que regem o atual direito sucessório, é imprescindível lançar o olhar para a história dos institutos e instrumentos informadores das Sucessões. Afinal, para compreender o presente, tentando construir o futuro, não se pode olvidar do passado, da história.

Dessarte, visando melhor compreender os fundamentos da atual legislação aplicável ao tema e visando, especialmente, encontrar a interpretação legal que seja mais adequada à todo o sistema, mister se faz uma breve digressão pela história do Direito das Sucessões, iniciando, como não poderia deixar de ser, pelo Direito Romano, passando, então, às origens do Direito Lusitano, com as Ordenações do Reino e daí à legislação aplicável ao Brasil imperial.

1.1 Do Direito Romano

A sucessão *causa mortis* no Direito Romano não tinha por fundamento a simples transmissão do patrimônio do extinto a seus herdeiros, antes, constituía-se de verdadeira transferência do poder familiar, inclusive com a transferência do encargo religioso a que estava incumbido o chefe de família.

A morte sempre foi vista, desde a mais remota antiguidade, numa perspectiva assaz mítica. Assim, em especial na República Antiga, a morte do *pater familias*, com a transmissão de seu patrimônio e da sua autoridade a um novo membro da família, representava, de forma mítica, a perpetuação da vitalidade do falecido em seus descendentes. Ademais, é relevante frisar que a capacidade civil plena, em Roma, só era conferida ao *pater familias*, estando sujeitos a sua autoridade a mulher, os filhos – biológicos ou adotivos –, servos e escravos, estando-lhe sujeito, ainda, o patrimônio de toda a “família”¹.

Conforme ressaltado pelo professor português José de Oliveira Ascensão, catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa, a sucessão em Roma, em especial até à época justinianeia, representava não a transmissão de bens, sendo esta apenas uma de suas consequências, mas traduzia principalmente a transferência da situação jurídica em que estava investido o “de cuius”:

Antes, a sucessão patrimonial seria uma mera consequência da sucessão na chefia familiar.

A família romana manteve até muito tarde uma forte organização. Cabeça desta era o ‘pater’, cuja ‘manus’ se estendia sobre todos os restantes membros. Morto o ‘pater’, deveria ser substituído nas suas funções, políticas e religiosas, inclusivamente, por outro chefe do grupo familiar. Esse chefe é o herdeiro; e é só porque sucede no lugar do ‘pater’ que passam a pertencer ao herdeiro as situações jurídicas que estavam na titularidade do falecido.²

¹ Arnaldo Wald, em discussão acerca da sucessão legítima e testamentária, assim disporia: “Na realidade, nas primeiras formas de testamento havia um cunho mais religioso do que econômico, importando numa delegação do poder exercido pelo ‘pater’ dentro da família e na obrigação de continuar o culto dos deuses domésticos. A ideia da propriedade individual não estava, aliás, bem definida, e a família constituía uma verdadeira unidade econômica, tendo o ‘pater’ a administração do patrimônio comum. Com o seu falecimento, passava o patrimônio ao descendente como ‘heres suus’ (seu herdeiro). A herança pertencia sempre à pessoa de sexo masculino, que devia continuar o culto e a religião doméstica, como, aliás, ocorreu em todas as civilizações antigas, desde os hebreus e persas até os hindus e os romanos.” (*In* WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, vol. 6. 14ª edição reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70).

² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Sucessões**. 4ª edição rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, pp. 451-452.

Considerando-se, então, que nas sociedades antigas em geral, a responsabilidade pela condução espiritual e material da família incumbia sempre aos homens, passa-se a compreender a razão de a mulher do morto não constar no rol de herdeiros imediatos do *de cuius*.

Fincado no objetivo angusto deste excerto, é relevante extrair do Direito Romano tão somente as regulações sucessórias dos sistemas pretoriano (a partir da interpretação dada pelos magistrados) e justiniano, para transmissão da herança *ab intestato*, haja vista seus importantes reflexos na sucessão atual e na posição sucessória do cônjuge, apartando-se o direito testamentário, pois, ainda que de importância fundamental, não é instrumental assaz relevante para o estudo aqui proposto.

No primeiro sistema, inovando grandemente o regramento estipulado pela Lei das XII Tábuas, a vocação hereditária admitia quatro classes, a saber, *bonorum possessio unde liberi*, *bonorum possessio unde legitimi*, *bonorum possessio unde cognati* e *bonorum possessio unde vir et uxor*³.

Na classe dos *liberi*, chamavam-se à herança os descendentes do *de cuius* – aqui incluídos os filhos, inclusive adotados, netos e bisnetos –, os emancipados, a mulher do autor da herança e as mulheres de seus filhos, caso casadas *cum manu*, isto é, caso estivessem sob a autoridade direta do *pater familias*, sendo importante ressaltar que tal qualidade não desaparecia após a sua morte, permanecendo sujeitas ao novo *pater* – em geral o primogênito.

Em sequência, em não havendo herdeiros sucessíveis da primeira classe, eram convocados os *adgnati proximi* ou agnados, isto é, os irmãos e irmãs consanguíneos e descendentes pela linha paterna. Aqui não havia distinção entre homens e mulheres solteiros, as casadas, no entanto, só participavam da herança, caso não estivessem casadas sob a *manu* do marido.

À terceira classe, respondiam os chamados herdeiros cognados (*cognati*), ou seja, os colaterais consanguíneos e não descendentes da linhagem paterna, sendo chamados a

³ Para uma maior e melhor compreensão das Sucessões no Direito Romano, recomenda-se o sapiente “Programa de Direito Romano” de Irineu de Souza Oliveira (OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas: Ed. Ulbra, 1998).

herdar aqueles que estivessem até o sexto grau, admitida, inclusive, a herança por representação.

Por fim, em não havendo também herdeiros colaterais até o sexto grau, o pretor chamava à herança o cônjuge sobrevivente, não se fazendo distinção entre casamento *cum manu* ou *sine manu*, bastando, para tanto, que as núpcias fossem contraídas de forma legítima (*justea nuptiae*)⁴.

Em momento posterior, a codificação de Justiniano, por intermédio das Novelas 118 e 127, introduziria importantes e significativas mudanças a todos os sistemas anteriores, reunindo num só corpo as principais disposições do *ius civile antiquum*, do *ius pretorianum*, dos *senatusconsultus* e do *ius imperialis*. Aqui, aboliu-se de vez a distinção entre herdeiros agnados e cognatos, reconhecendo-se apenas o critério cognatício (por consanguinidade). Dessa forma, estabeleceu-se a ordem de vocação hereditária da seguinte maneira:

1. Todos os descendentes – inclusive adotados e emancipados;
2. Os ascendentes, irmãos e irmãs germanos, sobrinhos e sobrinhas germanos, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos;
3. Irmãos e irmãs unilaterais e seus filhos, por representação;
4. Demais colaterais, até o sexto grau.

Na ausência destes, chamavam-se à herança os denominados herdeiros irregulares, entre os quais figuravam o cônjuge supérstite e até mesmo a concubina. Na ausência de herdeiros regulares ou irregulares, o patrimônio destinava-se ao Poder Público.

⁴ OLIVEIRA, Irineu de Souza. Op. Cit., pp. 101-102.

Vale ressaltar, ainda, conforme salienta WALD, avanço importante do direito sucessório do cônjuge que, em caso de desamparo, poderia requerer aos herdeiros regulares do marido a chamada *quota uxoria*, alcançando um quarto da herança transmitida⁵.

Observa-se, assim, que já no Direito Romano, ainda que de forma incipiente, era reconhecido ao cônjuge supérstite não só o direito à herança, mas também à proteção de sua sobrevivência por meio da quota uxória, bem como pelo fato de que, em falecendo o marido, o dever de sustento a ele destinado era transferido ao *pater* a que se sujeitava a mulher.

1.2 As Sucessões nas Ordenações do Reino: O Direito Lusitano aplicado no Brasil Colônia

Essa análise prévia do Direito Romano se revela fundamental a fim de compreendermos não só o complexo de direitos aplicáveis ao cônjuge sobrevivente ao longo da história, mas também para se alcançar com mais clareza as bases ideológicas e históricas do Direito Civil atual.

Nesse intento, passemos então ao Direito Português moderno que, mesmo após a independência nacional, continuou a vigorar entre nós, em especial no que diz respeito ao Direito Privado. Para tanto, são imprescindíveis a análise do direito sucessório nas Ordenações do Reino que, segundo CARVALHO NETO, representam a certidão de nascimento do Direito Lusitano, na medida que a compilação das normas legais verificada nas

⁵ WALD, Arnaldo. Op. Cit., p. 71.

Ordenações consolidou entre os patrícios o estudo e a normatização sistemáticos, podendo-se falar em Direito Português apenas a partir das Ordenações Afonsinas⁶.

No que tange ao Direito Familiar e Sucessório, as Ordenações publicadas no ano de 1446, em nome de D. Afonso V, sendo regente o infante D. Pedro, conforme leciona o eminente professor Inácio de Carvalho Neto, “foram, possivelmente, a primeira legislação a tratar o cônjuge como ‘cabeça-de-casal’” [CARVALHO NETO: 2007, p. 48], a quem incumbiria, na morte do consorte, a administração e partilha dos bens deixados à herança, salvo se a mulher não vivia, ao tempo da morte do marido, em casa manteúda. Conforme determinava o Livro IV:

“Costume foi nestes Reinos de longamente usado, e julgado, que onde o casamento é feito entre o marido e a mulher por Carta de Metade, ou em tal lugar, que por usança se partam os bens por meio à morte sem haver a tal Carta, morto o marido, a mulher fica em posse, e Cabeça de Casal, e de sua mão devem receber os herdeiros, e legatários do marido parte de todos os bens, que por morte do dito marido ficarão, e bem assim os legados; em tanto que se algum dos herdeiros, ou legatários, ou qualquer outro ficar [na] posse de alguma coisa da dita herança, depois da morte do dito marido, sem consentimento da dita mulher, ela se pode chamar esbulhada dela, e deve-lhe logo ser restituída. E este costume foi fundado em razão, pois que por bem do dito costume, tanto que o casamento é consumado, a mulher é feita meeira em todos os bens, que ambos têm, e o marido por morte da mulher continua a posse velha, que antes havia, justa razão parece ser, que por morte do marido fosse provido a ela de algum remédio acerca da dita posse, a saber, que ficasse ela em posse, e cabeça de Casal por virtude do dito costume.”^{7, 8}

Observa-se, assim, que já era comumente aplicado o regime da comunhão universal de bens, em que se partiam à metade os bens adquiridos pelo casal, inclusive em havendo a dissolução *causa mortis*. Dessa forma, nos casamentos realizados ‘por carta de metade’, garantia-se ao cônjuge sobrevivente, por ocasião da morte de seu consorte, a metade

⁶ CARVALHO NETO, Inacio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Método, 2007 – (Coleção Prof. Rubens Limongi França; v.1), p. 37.

⁷ “**Ordenações Afonsinas**”: **Livro IV**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. Título XII, pp. 76-77.

⁸ Para essa e todas as outras referências à legislações ou textos arcaicos, optou-se pela adequação ao novo acordo ortográfico, a fim de melhorar a compreensão do leitor.

dos bens do casal, como pagamento de sua meação e, segundo as Ordenações Afonsinas, era conferido à mulher sobrevivente o direito de ser nomeada ‘inventariante’ dos bens do marido, podendo, inclusive, reivindicar dos próprios herdeiros tais bens, enquanto não perfectibilizada a partilha.

Tais disposições permaneceram nas Ordenações Manuelinas, publicadas em 1521, e nas Ordenações Filipinas, com meras alterações de redação, sendo importante ressaltar, ainda, que a legítima, no tempo das ordenações era constituída por dois terços do patrimônio do “de cujus”.

Entretanto, ao nosso estudo são mais preciosas as disposições das Ordenações Filipinas, de 1603, uma vez que tais disposições perduraram entre nós até o advento do Código Civil de 1916, sendo alteradas, no que diz respeito ao Direito Sucessório, somente com a Lei Feliciano Pena de 1907, conforme veremos mais adiante.

Nessa esteira, tem-se que a ordem de vocação hereditária era feita na seguinte ordem:

1. Descendentes;
2. Ascendentes;
3. Colaterais, até o 10º grau
4. Cônjuge, desde que, ao tempo da morte, vivesse em casa “teúda e manteúda” com o falecido.
5. Fisco

É mister salientar, ainda, que, em relação ao direito de herdar, as classes eram chamadas sucessivamente, sendo que as primeiras excluíam as subsequentes e, dentro da mesma classe, os herdeiros mais próximos excluíam os mais remotos. Vale relevar, outrossim, que não havia distinção entre o direito do homem ou da mulher, para efeitos sucessórios:

“Falecendo o homem casado ‘ab intestato’, e não tendo parente até o décimo grau contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira.

E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau. E nestes casos não terão que fazer em tais bens os nossos Almojarifes.”⁹

A primeira questão relevante que exsurge do texto, tendo em vista a situação do cônjuge supérstite, ocorria quando a mulher fosse parente do *de cuius*, falecido sem testamento. A doutrina de CORRÊA TELLES, em seu ‘Digesto Portuguez’, ensinava que o cônjuge sobrevivente “toma o seu lugar, segundo o grau de parentesco que tivesse, para excluir os outros parentes mais remotos até o décimo grau”¹⁰, o que implica dizer que o parentesco consanguíneo falava mais alto que o laço matrimonial, sucedendo o cônjuge como parente, segundo a ordem legal, preterindo os mais distantes [CARVALHO NETO: 2007, p. 52].

Outro caso interessante tratado nas Ordenações Filipinas ocorria quando o filho falecesse deixando como herança os bens havidos da sucessão dos bens de seu pai. Nessa hipótese, era assegurado à mãe, enquanto herdeira ascendente, se casada novamente, o direito do usufruto dos bens do filho. *In verbis*:

“Porém, se o filho, ou filha, que tiver bens, que houve do patrimônio, ou herança de seu pai, ou do avô da parte do pai, se finar ‘abintestado’ sem descendentes, e sua mãe lhe suceder nos ditos bens, e ela se casar com outro marido, ou já ao tempo, que sucedeu, era casada, se ela do primeiro marido tiver outro filho, ou filhos, irmãos do filho defunto, haverá sua mãe o uso e fruto somente dos ditos bens em sua vida; os quais não poderá alhear, nem obrigar, nem haverá o segundo marido parte da propriedade deles. E por falecimento dela os haverão livremente os filhos do primeiro matrimônio, que por falecimento de sua mãe ficarem vivos, sem os filhos do segundo matrimônio em os ditos bens poderem suceder, nem haver neles parte alguma.”¹¹

⁹ ‘Ordenações Filipinas’, Título XCIV do Livro IV. Texto extraído do sítio <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p947.htm>, consultado em 24/05/2012.

¹⁰ TELLES, José Homem Corrêa. **Digesto Portuguez**. Lisboa: Livraria Clássica, 1909, tomo 2, art. 880, p. 123.

¹¹ ‘Ordenações Filipinas’, Título XCI do Livro IV. Texto extraído do sítio <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4p947.htm>, consultado em 25/05/2012.

Extrai-se, assim, que o espírito da lei é o da continuidade dos bens no seio da família originalmente formada, intentando o legislador que a herança do patriarca (numa explícita ressurreição da figura romana do *pater familias*) não acabasse se dissipando nas mãos de pessoas estranhas à família, bem como que os demais sucessores não ficassem privados dos bens da herança em favor de terceiros.

Não obstante, o que salta aos olhos é o fato de que, já no tempo das Ordenações, permanecendo essa aplicação no Brasil oitocentista, era assegurada à mulher a proteção legal visando impedir o seu total desamparo.

No Direito Lusitano moderno, portanto, não se observaram muitas mudanças em relação ao direito romano, plasmado no Código de Justiniano, especialmente nas Novelas 118 e 127, para resumir o período, mais uma vez são valiosas as palavras de CARVALHO NETO:

“Observa-se do disposto nas Ordenações que se principiou ali a reconhecer, ainda que timidamente, direito sucessório aos cônjuges. Nas duas primeiras (Afonsinas e Manuelinas), há simples referência assistemática. Já nas Ordenações Filipinas consagra-se, efetivamente, o cônjuge na ordem de vocação hereditária, embora em penúltimo lugar, podendo-se até dizer ser um direito sucessório meramente formal, pois raramente ocorreria de o ‘de cujus’ não ter nenhum colateral até o décimo grau.”¹²

Ainda que incipiente, começava a se firmar no Direito Lusitano, e também entre nós, o direito sucessório do cônjuge e a proteção legal da entidade familiar, visando o não desamparo de seus membros. Nada obstante, a ordem de vocação hereditária só viria a se alterar na aurora do século XX, já num Brasil republicano e que, sem sucesso, tentava desde a sua independência a confecção de um Código Civil nacional.

¹² CARVALHO NETO, Inácio de Carvalho. Op. cit., p. 55.

1.3 Do Direito Brasileiro no Século XIX

Inusitadamente na história do Direito, o Brasil, depois de sua independência, continuou a aplicar o direito da antiga metrópole, mesmo quando a própria metrópole já o abandonara, haja vista que Portugal lançara em 1867 seu Código Civil. Tal façanha foi possível com o advento da Lei de 20/10/1823, votada pela Assembleia Constituinte, instalada para criar e votar a Constituição do novo Império, mas que, no fim, tornou-se praticamente inútil, já que a Constituição fora outorgada por D. Pedro I, aos moldes do absolutismo francês de Luis XIV. A história dessa aplicação anômala do direito é contada com propriedade por Haroldo Valadão, pondo-a nos seguintes termos:

O direito do Brasil Independente não nasceu sob o signo dos ideais das Revoluções Libertadoras de 1789 (Vila Rica, Minas Gerais), 1798 (Bahia) e 1817 (Pernambuco), do constitucionalismo norte-americano, mas se originaria, consequência duma transação indeclarada porém real e efetiva, sob a égide dos ideais constitucionalistas europeus (Pedro I e José Bonifácio).

(...)

A Assembleia Constituinte, instalada a 3 de maio de 1823, teria de votar, e o fez, a Lei de 20 de outubro de 1823 declarando ‘em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados’, ‘na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas’.

Era a consagração do princípio da imanência da ordem jurídica, da “continuidade do direito” que é amplo, genérico e não admite vazios (...).¹³

Nas relações civis, em especial no casamento, permaneceram aplicáveis as regras do Direito Canônico, com pequenos avanços ao longo das décadas que antecederam a

¹³ VALADÃO, Haroldo. História do Direito, especialmente do Direito Brasileiro. Brasília: UnB, distribuído por Livraria Freitas Bastos S.A. – Rio de Janeiro; Parte II – Direito Brasileiro Imperial e Republicano, 1973 pp. 15,16.

proclamação da República quando, em 24 de janeiro de 1890, por obra de COELHO RODRIGUES, publicou-se o Decreto 181, instituindo o casamento civil como o único válido, numa verdadeira afronta à Igreja Católica, inspirada pelo espírito revolucionário e laicizante que dominou a proclamação da República. Eis como dispunha o Decreto 181:

Art. 1º As pessoas que pretenderem casar-se, devem habilitar-se perante o oficial do registro civil, exibindo os seguintes documentos em forma, que lhes deem fé pública (...)

Art. 49 A celebração do casamento contraído no Brasil, depois do estabelecimento do registro civil, deve ser provada por certidão extraída do mesmo registro; mas, provando-se a perda deste, é admissível qualquer outra espécie de prova.

Vê-se, assim, que as ideias abolicionistas, laicizantes e burguesas, alimentadas pelo espírito iluminista do século XVIII, começaram a gerar seus frutos em nosso meio, influenciando, inclusive, a tão tradicional (e milenar) cultura jurídica aplicada ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Nessa vereda, não só o conceito de Estado e suas instituições jurídicas sofreriam drásticas mudanças nessa transição para o século XX, mas o próprio conceito de família sofreu alterações consideráveis, remodelado agora pelo espírito positivista francês.

Nesse processo histórico-evolutivo¹⁴ que permeou a transição do Brasil Colônia para a República, na persecução da ordem constitucional de se providenciar uma nova codificação para o país, marcou a nossa história um esforço intelectual e legislativo sem precedentes para as ciências jurídicas nacionais, cuja empreitada só chegaria a um termo, de fato, em 1916, com o Código de Clóvis Beviláqua, como ficou conhecido o Código Civil de 1916.

¹⁴ O conceito de evolução muitas vezes é entendido de forma errônea, uma vez que boa partes das pessoas o tem como sinônimo de avanço, melhoria. Esse não é, entretanto, o nosso sentir, afinal, não é por que uma coisa se transforma, se adapta, muda, que esse processo signifique efetivamente em melhoria. Por vezes na História, alguns processos evolutivos se revelaram verdadeiro prejuízo. Com isso não se quer dizer, no caso em tela, que a mudança trazida pela República e suas influências não fora positiva, de fato o foi, o que se quer ressaltar ao leitor, entretanto, é que nem toda vanguarda significa melhoria e que nem tudo que é reacionário redundante, necessariamente, em prejuízo.

Ao cumprimento desse mister, acorreram nomes como o de NABUCO DE ARAÚJO, COELHO RODRIGUES e TEIXEIRA DE FREITAS – quiçá o maior civilista já produzido em território nacional. Acerca desse eminente jurista que fora incumbido em sua época de consolidar as leis aplicáveis no Brasil e de elaborar o novo código, o ex-ministro da justiça, Ibrahim Abi-Ackel, em apresentação ao “Esboço” de Teixeira de Freitas, na edição comemorativa do centenário de sua morte, assim o definiria:

“A obra de Teixeira de Freitas – da qual boa parte foi infelizmente perdida – é das mais luminosas já produzidas pelo espírito brasileiro. Luminosa e pioneira, sem ser, contudo, visionária, veio de um homem que, conforme ele mesmo dizia, era regido por posições firmes, ‘natural consequência da retidão do meu espírito’, que não era o mais ‘próprio para carear a benevolência de todos’. Criticado, polemizado, mas também louvado e, por fim, seguido, o ilustre brasileiro, estudioso e atento pesquisador de leis, não teve, porém, entre os seus, o reconhecimento que merecia. Seu trabalho teve a recompensa estrangeira antes dos louvores nacionais, numa repetição da vida e obra dos ‘santos de casa’, sempre tardiamente lembrados.”¹⁵

Em uma obra “hercúlea, acima das forças de qualquer mortal”, nos dizeres de Haroldo Valadão [VALADÃO: 1973, p. 49], TEIXEIRA DE FREITAS ficara incumbido de compilar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas; depois toda a legislação nacional. Feita a pesquisa e a classificação, deveria entregar a consolidação das leis civis do país. Enfim, deveria elaborar o projeto do novo código civil. No entanto, o jurista não chegou a entregar ao Governo o trabalho de classificação, uma vez que teve de interromper a tarefa para dar preferência à consolidação civil, pois a classificação (dividida em Direito Público ou Administrativo e Privado, com as subdivisões respectivas e em ordem cronológica) era “ideia de segunda ordem”, como explicou na Introdução ao ‘Esboço’.

Apresentada em 24/12/1858, a Consolidação das Leis Civis, que nos dizeres de BEVILÁQUA foi o “nosso primeiro Código Civil” [apud CARVALHO NETO: 2007, P. 66],

¹⁵ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, 1816-1883. **Esboço do Código Civil**. 3ª ed. Brasília, Ministério da Justiça: Fundação Universidade de Brasília, p. VII (apresentação de Ibrahim Abi-Ackel, Ministro da Justiça).

fora dividida, de forma pioneira no Brasil e em antecipação aos pandectistas alemães, em uma Parte Geral – com dois títulos para tratar dos direitos das pessoas e das coisas – e uma Parte Especial – seccionada em em dois livros, um Dos Direitos Pessoais e outro Dos Direitos Reais.

No que toca ao Direito Sucessório, o texto estava assim dividido: sucessão *ab intestato* (arts. 959 a 992), sucessão testamentária (arts. 993 a 1.033), substituições (arts. 1.034 a 1.052), forma dos testamentos (arts. 1.053 a 1.085), execução dos testamentos (arts. 1.086 a 1.140), partilhas (arts. 1.141 a 1.195), colações (arts. 1.196 a 1.230) e heranças jacentes (arts. 1.231 a 1.267).

A ordem de vocação hereditária na Consolidação, no entanto, não diferia daquela trazida nas Ordenações, sendo assim explanada na Consolidação das Leis Civis:

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

§1º. Aos descendentes.

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

§3º. Na na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau por Direito Civil¹⁶;

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

§5º. Ao Estado em último lugar.¹⁷

Realizada a consolidação, Augusto Teixeira de Freitas, a fim de preparar o caminho para o novo código, elaboraria seu “Esboço”, tido por muitos como uma das mais célebres e proficuas obras jurídicas do século XIX, influenciando em grande parte o Código Civil argentino de 1865 e outras legislações hispano-americanas, conforme relembra CARVALHO NETO:

¹⁶ Conforme explicitado pelo próprio Teixeira de Freitas, a divisão de parentesco “por Direito Civil”, significava a divisão segundo o Direito Romano, isto é, contando-se todos o graus até o tronco comum e descendo até a outra linha, na mesma forma como é feita a contagem no atual sistema do Código Civil de 2002.

¹⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. 3ª ed., Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1876; visualizado na internet no “link” <http://ia700505.us.archive.org/1/items/ConsolidaoDasLeisCivis/CLC.pdf>, em 27/05/2012.

(...)suas ideias sobre um Código de Direito Privado e um Código Geral encontraram receptividade na legislação italiana de 1942 e na japonesa de 1898. Teixeira de Freitas foi proclamado no Uruguai, na Argentina e no Paraguai “o Savigny americano”. Muitas disposições que se acham no Código Alemão (BGB) e no Código Suíço (*Zivilgesetzbuch*) achavam-se no Esboço, talvez sem que o soubessem seus legisladores.¹⁸

Não obstante, e infelizmente, diante de tamanha tarefa, o eminente jurista brasileiro não viria a completar seu esboço que, apesar de já constar com impressionantes 4.908 artigos, não continha o Terceiro Livro da Parte Especial (Disposições comuns reais e pessoais), parte resarvada a tratar justamente do direito sucessório. Assim, em que pese a importância do trabalho e seus reflexos não só na doutrina e jurisprudência oitocentista, com forte peso no Código de Beviláqua; para os fins ora pretendidos, o esboço não nos será muito útil.

Sem embargo, vale registrar as disposições da obra acerca do casamento sob o regime da comunhão universal de bens (regime legal à época), sendo que Teixeira de Freitas já previra que:

Art. 1.331. O Casamento sob o regime de comunhão de bens será considerado uma ‘sociedade universal’, em que todo o ativo e passivo, presente e futuro, de cada um dos cônjuges, lhes fica pertencendo em partes iguais.¹⁹

Tendo em vista, então, que o regime da comunhão de bens (atual comunhão universal de bens), seria o aplicável na generalidade dos casos, sendo que para os outros prevaleceria a vontade privada dos cônjuges, tem-se que, na sucessão *causa mortis*, via de

¹⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 73.

¹⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, 1816-1883. **Esboço do Código Civil**. 3ª ed. Brasília, Ministério da Justiça: Fundação Universidade de Brasília, p. 289.

regra, a mulher receberia de todo o patrimônio do casal, a metade dos bens, sendo a outra parte destinada aos descendentes ascendentes e colaterais.

Assim, mais uma vez se observa que a *ratio* normativa, isto é, a intenção da norma, calcada em seus princípios filosóficos, sociológicos e principiologicos, não se fundava na capacidade diminuta de autodeterminação a que estava sujeita a mulher casada. Antes, contudo, finca-se num critério objetivo que permitiria não só à mulher haver para si metade do patrimônio, mas também aos demais herdeiros uma participação na herança, de forma que o maior número de membros da família fosse contemplado. No entanto, a ordem de vocação hereditária relegava ao cônjuge, enquanto herdeiro, uma posição improvável.

Entrementes, fracassada a empreitada de Teixeira de Freitas, outros nobres juristas, como o já citado NABUCO DE ARAÚJO, além de FELÍCIO DOS SANTOS, COELHO RODRIGUES e CARLOS DE CARVALHO, ficaram encarregados da tarefa de produzir um código civil nacional, sem sucesso, contudo, mas cujas obras foram fundamentais na elaboração do Projeto de Clóvis Beviláqua, culminando, enfim no Código Civil de 1916.

Em relação à posição do cônjuge na sucessão, patamar que só seria efetivamente alterado com a Lei Feliciano Pena, como veremos adiante, lembra-nos CARVALHO NETO:

Somente com o Projeto de Felício dos Santos, secundado pelo Projeto Beviláqua, alterou-se essa ordem, passando-se o cônjuge à frente dos colaterais. Este último fez mais: adiantou o que de fato só ocorreria um século mais tarde com o Novo Código, estabelecendo concorrência do cônjuge com os herdeiros das primeiras classes, proposta essa não acolhida à época.²⁰

Assim, em meio a um emaranhado de legislações antigas, desatualizadas e, em sua maioria, determinadas por uma legislação criada em um país estrangeiro no tempo colonial, fincaram-se as bases do Direito Civil brasileiro do século XX, não se blindando, total e felizmente, ao sopro dos ventos dos ideais iluministas, o que garantiu não só o

²⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 92.

paulatino desenvolvimento das instituições jurídicas – em especial as do Direito Civil –, mas também possibilitou a afirmação de um Direito nosso, ainda que influenciado por mentes dalém mar, no entanto, verdadeiramente nacional.

1.4 A Lei Feliciano Pena de 1907

Sancionado em 31 de dezembro de 1907, o Decreto 1.839, mais conhecido como Lei Feliciano Pena, em homenagem a seu autor, representaria, apesar de seu enxuto número de dispositivos, um enorme salto no Direito das Sucessões, em especial no que concerne à posição do cônjuge sobrevivente, já que o fez anteceder os colaterais, alcançando, assim, a terceira posição na ordem de vocação – posição que, diga-se de passagem, é ocupada até hoje. Vale, portanto, reproduzir o inteiro teor da legislação que, nesse campo, influenciou mais o direito do século XX que o próprio Código de 1.916, senão vejamos:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até ao sexto grau por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, e o de cujus for domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se tiver o domicílio em território não incorporado a qualquer delas.

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal.

Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus.

Observa-se, assim, uma verdadeira revolução no direito sucessório, uma vez que, depois de séculos de tradição normativa, o cônjuge passa a herdar antes dos colaterais, cujo rol de sucessíveis fica agora limitado ao sexto grau. No mais, a legítima do testador também fora reduzida dos dois terços das Ordenações e Consolidações para a metade da herança.

Todas essas disposições permanecem hoje, salvo o número de colaterais sucessíveis que, por força do Decreto-lei 9.461/1946, fora alterado para que a herança os contemplasse apenas até o quarto grau; e, por óbvio, o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes, introduzido no Código de 2002, confirmando os anseios do próprio Clóvis Beviláqua, não recepcionados à época.

Sob esses ventos, passaremos à análise do Direito Civil Brasileiro após a codificação civil, seguindo, agora de forma mais focada, no exame do direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

CAPÍTULO 2 – O REGIME SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO SÉCULO XX

2.1 O Código Civil de 1916

Para que o Brasil alcançasse sua codificação civil, foram necessários 94 (noventa e quatro) anos e 6 (seis) projetos de código desde a sua independência de Portugal. No processo, homens enlouqueceram, como TEIXEIRA DE FREITAS, outros tantos se destacaram mas, ao fim, um Código Civil se nos foi dado e um nome ficou entre nós imortalizado.

Clóvis Beviláqua, jurista cearense especialista em Legislação Comparada, catedrático da Faculdade de Direito do Recife, fora contratado em 1899 pelo então presidente Campos Salles para, com máxima efetividade, trazer a lume, enfim, o tão aguardado Código Civil.

Nesse propósito, com apenas 6 (seis) meses de trabalho, valendo-se da legislação estrangeira e dos esforços anteriores, o jurista apresentaria seu projeto à comissão criada pelo Governo em outubro do mesmo ano. A mesma presteza, no entanto, não seria observada na discussão do texto no Congresso, tanto que a redação original foi alvo de 1.736 (mil setecentas e trinta e seis) emendas, só no Senado. O texto final foi, então, o do Projeto 168-A, aprovado em 26/12/1915, com sanção em 01/01/1916, pelo que o Código só entraria em vigor em janeiro do ano seguinte.

Apesar da data de sua conclusão, o Código não observou as disposições dos Códigos Alemão (BGB – 1900) e Suíço (1907), deixando de lado, portanto, os importantes ensinamentos técnicos do século XX que ancoraram essas codificações.

A fim de traduzir as ideias informadoras do Código de 1916, Haroldo Valadão cita o próprio Beviláqua em suas “Observações para o seu esclarecimento”, referindo-se ao Código:

Note-se nas observações de Beviláqua estas frases muito importantes: ‘Principalmente o Esboço de Teixeira de Freitas e o Projeto do Dr. Coelho Rodrigues, mais seguidamente este que aquele, forneceram-me copiosos elementos para a construção que me havia sido confiada. Além desses materiais, aos quais eu intencionalmente queria ligar o meu trabalho, é natural que pedisse à jurisprudência pátria as peculiaridades aproveitáveis de sua feição, à doutrina e à legislação comparada, os seus inestimáveis ensinamentos’. Defendendo ali o individualismo no Direito Privado, entendo que o Direito Privado Social não poderia ‘ser outra coisa mais do que o equilíbrio dos interesses do indivíduo e da sociedade pela disciplina das relações entre as classes. Dentro dessas raias são possíveis e benéficas as reformas, fora dela serão subversivas’, reconhecendo que no Código alemão ‘pingaram algumas gotas de socialismo’.²¹

As inúmeras discussões havidas no Congresso brasileiro alteraram substancialmente o projeto elaborado por BEVILÁQUA, em especial no que dizia respeito ao direito sucessório.

O Direito das Sucessões estava previsto no Livro IV, sendo que a ordem de vocação hereditária restava explanada no Título II, Capítulo II. Aqui, Clóvis Beviláqua já previra, de forma pioneira, o direito de concorrência ao cônjuge supérstite, tanto que no Projeto a ordem de vocação hereditária era feita da seguinte forma, segundo os artigos de 1771 a 1782:

1. Descendentes em concorrência com o cônjuge supérstite não divorciado²², sempre que o regime matrimonial não lhe der direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos;

²¹ VALADÃO, Haroldo. Op. cit. p. 91.

²² Vale ressaltar que o divórcio aqui referido não é a dissolução do vínculo conjugal como hoje a conhecemos, mas, a bem da verdade, tinha os efeitos da atual separação judicial. Tanto assim o é que o texto aprovado no Congresso substituiu o termo divórcio pelo desquite, conforme utilizado na Lei Feliciano Pena.

2. Ascendentes em concorrência com o cônjuge supérstite não divorciado, desde que o regime matrimonial não lhe der direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos, recebendo porção igual a dos ascendentes com quem concorrer e, havendo desigualdade em suas cotas, receberia cota igual a do ascendente de grau mais próximo;
3. Na falta de descendentes e ascendentes, devolvia-se a herança, por inteiro, ao cônjuge não divorciado.

Dessarte, fica evidente ao leitor que o autor do Projeto do Código de 1916, ao prever o direito de concorrência sucessória ao cônjuge sobrevivente, fundara-se justamente na ideia de não o deixar desamparado. Não é outra a razão pela qual tal reserva patrimonial não tocara ao consorte do morto se, pelo regime patrimonial do casamento, aquele já tivesse direito à meação.

Nas palavras do próprio Beviláqua, pinçadas por Inácio de Carvalho Neto:

“Em rigor, o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se, pelo regime de casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor à simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar, na ordem da sucessão legítima”. E, mais adiante: “Devera ter ido um pouco além o Código e não deixar o cônjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos ascendentes do premorto, por não haver descendentes. Mas, ainda que incompleta, a justiça do dispositivo é louvável”.²³

Observa-se, assim, que o insigne jurista cearense, na vanguarda de seu tempo, propusera um sistema no qual o cônjuge supérstite, em especial a mulher, não ficasse patrimonialmente desamparado quando da morte de seu consorte, garantindo-lhe participação na herança do *de cujus*, desde que já não tivesse resguardada a si a meação decorrente do regime patrimonial do casamento.

²³ BEVILÁQUA, Clovis “apud” CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. nota de rodapé nº 138, p. 91.

No projeto, previa-se, ainda, também de forma pioneira, que o cônjuge figurasse entre os herdeiros necessários, bem como que a legítima seria fixada em dois terços do patrimônio transmissível.

Não obstante, em que pese a inovação da iniciativa e a justiça da proposição, o Congresso Nacional rejeitou o texto de Clóvis Beviláqua, negando ao texto final não só o direito de concorrência, mas também a inclusão do sobrevivente no rol de herdeiros necessários, assim como fixou a a legítima em metade do patrimônio.

Entretanto, o Código Civil de 1916 rompeu com o antigo sistema e, adotando a disposição da Lei Feliciano Pena, colocou o cônjuge na terceira ordem de vocação hereditária, figurando antes dos colaterais, cujo direito sucessório era deferido aos desta classe que fossem até do sexto grau de parentesco²⁴.

Dessarte, assim ficava disposta a ordem de vocação hereditária na redação original do Código Civil de 1916:

1. Aos descendentes, restando equiparados os legítimos, legitimados, naturais reconhecidos e os adotivos;
2. Aos ascendentes;
3. Em falta de descendentes e ascendentes, ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados;
4. Aos Estados, ao Distrito Federal ou à União

Aqui, vale ainda ressaltar que a limitação feita pelo art. 1.611 do Código Revogado, retirando do cônjuge desquitado o direito à herança, conforme construção doutrinária e jurisprudencial, só se aplicaria quando estivesse separado ao tempo da morte do

²⁴ Posteriormente, o alcance da sucessão dos colaterais foi reduzido para o terceiro grau, por força do Decreto-lei 8.207/1945, sendo, contudo, ampliado finalmente ao quarto grau, conforme disposição do Decreto-lei 9.461/1946, permanecendo a disposição até os dias atuais.

de cuius por força de sentença judicial, não bastando a tanto a separação de fato. Outra não é a lição de Washington de Barros Monteiro:

O cônjuge sobrevivente só deixa de herdar se judicialmente separado do “de cuius”, pouco importando se amigável ou judicial a separação e se, neste último caso, se lhe reconheceu a inocência. Simples separação de fato, por mais duradoura que tenha sido, não tem o condão de arrear ou de excluir o supérstite. Se anulado o matrimônio, proclamando-se-lhe, no entanto, a putatividade, o sobrevivente de boa-fé tem direito sucessório, se posterior à morte do outro cônjuge a sentença de anulação.²⁵

Não obstante o ensinamento do ilustre professor e ministro, a disposição do código anterior era capaz de engendrar a esdrúxula situação em que, não havendo descendentes ou ascendentes capazes de herdar, o cônjuge sobrevivente, separado de fato há, por exemplo, mais de vinte anos, fosse chamado à sucessão do outro, em detrimento dos demais parentes sucessíveis que, provavelmente, estariam, a bem da verdade, muito mais próximos do morto.

Tal injustiça, entretanto, foi sendo remediada aos poucos na jurisprudência moderna, culminando, enfim, na disposição do atual artigo 1.830 do Código Civil, que também afastou da herança o cônjuge separado de fato há mais de dois anos, “salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Vê-se assim, portanto, que o sistema do Código Civil de 1916 trouxe, ainda que timidamente, importantes mudanças ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente, não adotando, infelizmente, a propositura de Clóvis Beviláqua no sentido de lhe conferir o direito à concorrência ou sequer de incluí-lo entre os herdeiros necessários. Não obstante, além da precedência em relação aos colaterais na ordem de vocação hereditária, ao cônjuge casado sob o regime da comunhão de bens era assegurado o cargo de “cabeça do casal”, ficando a seu cargo a inventariança dos bens sujeitos à herança, nos termos do art. 1.579 do indigitado *codex*.

²⁵ BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de Direito Civil. v. 6 Direito das Sucessões. 32ª ed. rev. e atual; São Paulo: Saraiva, 1998; p. 75

Tal situação perduraria, tal como disposto, até meados de 1941 quando, enfim, fora editado o Decreto-lei 3.200 e a Lei 883/1949, como veremos melhor adiante.

2.2 O Decreto-lei 3.200/41 (Lei de Organização e Proteção da Família) e a Lei 883/49.

Com a epígrafe de “Lei de Organização e Proteção da Família”, o Decreto-lei 3.200/41 da lavra de Getúlio Vargas instituiria uma série de benefícios assistenciais e legais à família brasileira, em especial à família numerosa, assim a considerada com mais de oito filhos, como, por exemplo, a criação de uma linha de crédito especial, junto à Caixa Econômica Federal, para a realização de novos casamentos e a manutenção inicial da vida conjugal em comum, além, v.g., da importante isenção do pagamento de custas e emolumentos para o registro de nascimento.

Entretantes, para o estudo que diante de nós se coloca, a Lei de Proteção da Família apresenta, em seu artigo 17, importante disposição acerca do direito sucessório da mulher brasileira casada com estrangeiro, uma vez que trouxe à baila, de forma pioneira, o direito de usufruto aos bens do marido, se o regime aplicado excluísse a comunhão universal.

In verbis:

Art. 17. À brasileira, casada com estrangeiro sob regime que, exclua a comunhão universal, caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se não os houver. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 5,187, de 1943)

Como se observa, o legislador pretendeu, mais uma vez, garantir a proteção patrimonial do cônjuge que, por aplicação de lei estrangeira, pudesse ficar à míngua quando da sucessão do outro, estabelecendo em seu favor o usufruto dos bens deixados.

Nada obstante, como bem assevera Inácio de Carvalho Neto, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42), indo mais além, introduziu entre nós o conceito de aplicação da norma mais favorável ao brasileiro quando, em seu art. 10, §1º, estabeleceu a aplicação da lei nacional do *de cuius*, desde que fosse mais favorável à mulher brasileira que com ele fosse casada [CARVALHO NETO: 2007, p. 98].

Noutra vereda, mudança ainda mais importante no direito sucessório do cônjuge foi realizada pela Lei 883/1949, talhada por projeto do então deputado Nelson Carneiro, pela qual, além de se assegurar importantes direitos aos chamados “filhos ilegítimos”, concedeu-se ao cônjuge supérstite, casado pelo regime da separação de bens, quando concorresse na sucessão do consorte exclusivamente com filho reconhecido na forma da lei, em não havendo testamento, o direito à metade dos bens do finado.

Observa-se, com isso, a gênese da aplicação legal do princípio do não-desamparo do cônjuge na sucessão *causa mortis*, ainda que no regime da separação de bens. Nada obstante, mudança real no status da mulher só ocorreria mais tarde com a promulgação da L. 4.121/52, mais conhecida como o Estatuto da Mulher Casada.

2.3 O Estatuto da Mulher Casada

A situação jurídica da mulher brasileira encontra no Estatuto da Mulher Casada – assim denominada a L. 4.121/1962 – um dos seus mais importantes marcos, consagrando-se tal legislação na história da sociedade e do direito brasileiros como um dos panteões da afirmação dos direitos e da independência femininos.

A norma legal, cujo projeto era também do então deputado Nelson Carneiro, tinha um nítido caráter protetivo da mulher e, pelas diversas alterações que fez nos Códigos Civil e de Processo Civil, intentava patentemente criar situação mais isonômica à mulher casada e, especialmente no direito sucessório, tinha por objetivo claro de amparar o cônjuge sobrevivente quando fosse casado por regime diverso da comunhão universal de bens, a fim de que não ficasse à míngua.

Para tanto, o dispositivo, alterando a redação do artigo 1.611 do Código de Beviláqua, incluiu-lhe, ainda, os parágrafos primeiro e segundo, passando a ser redigido da seguinte forma:

Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

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

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Assim, ficava assegurado ao cônjuge supérstite, se casado sob o regime da comunhão de bens, o direito real de habitação, enquanto durasse a viuvez e, se casado sob

regime diverso do legal²⁶, restava garantido o denominado usufruto vidual, isto é, o usufruto dos bens do falecido, na razão da quarta parte, se houvesse filhos, ou à metade se não os houvesse, destinado à viúva, enquanto não contraísse novas núpcias. Surgia aí, a primeira centelha legislativa do direito de concorrência do cônjuge sobrevivente que, apesar de figurar no âmbito doutrinário desde muito, como visto, não havia tido nenhum respaldo legal até então, quando se iniciou de fato um movimento de ampliação dos direitos femininos e de, numa forma geral, de assistência ao cônjuge supérstite.

O caráter protetivo da lei fica evidente também na jurisprudência quando, mesmo na sucessão testamentária, vedara o benefício do usufruto vidual ao cônjuge sobrevivente contemplado no testamento do *de cuius* com propriedade sobre bens de valor igual ou superior ao que se alcançaria com o usufruto. Não podendo ser mais cristalino, mister colacionar a literalidade do julgado:

DIREITO SUCESSÓRIO. ART. 1.611, § 1º, CC/16. USUFRUTO VIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPANHEIRA CONTEMPLADA EM TESTAMENTO COM PROPRIEDADE DE VALOR IGUAL OU SUPERIOR AOS BENS SOBRE OS QUAIS RECAIRIA O USUFRUTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O usufruto vidual do consorte sobrevivente tem como escopo a salvaguarda do mínimo necessário ao cônjuge ou companheiro que não possui, obrigatoriamente, quinhão na herança do falecido, como no caso de comunhão parcial ou separação absoluta, em sucessões abertas na vigência do Código Beviláqua, que não considerava o cônjuge como herdeiro necessário.

2. Por isso que não faz jus ao usufruto legal a que alude o art.

²⁶ Tendo por escopo o caráter garantidor da norma, o STJ firmou entendimento no sentido de que, mesmo em se tratando do regime de comunhão parcial de bens, diverso, portanto, da comunhão universal, não assiste direito de usufruto vidual ao cônjuge supérstite que esteja assistido pela comunhão dos aquestos: “INVENTARIO. USUFRUTO VIDUAL. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL. VIUVA MEEIRA NOS AQUESTOS. RECONHECIDA A COMUNHÃO DOS AQUESTOS, NÃO TEM A VIUVA MEEIRA, AINDA QUE CASADA SOB REGIME DIVERSO DO DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, DIREITO AO USUFRUTO VIDUAL PREVISTO NO ART. 1.611, PAR. 1., DO CODIGO CIVIL. PRECEDENTE DO STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 34.714/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 25/04/1994, DJ 06/06/1994, p. 14278)”. Vê-se, assim, que a jurisprudência caminhou no sentido de buscar a teleologia da norma legal e não simplesmente a literalidade de sua disposição, tornando claro que a finalidade da norma é não desamparar o cônjuge supérstite, pelo que, uma vez resguardado por sua meação, não se lhe assistiria o acúmulo do direito ao usufruto vidual.

Em sentido contrário, entendo ser a norma aplicável somente ao regime da comunhão universal e, portanto, extensiva à comunhão parcial, calcado na literalidade da lei, cf. LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Código Civil: comentários didáticos: direito das sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1993 (pp. 60-62). Nada obstante, o autor ressalta que o entendimento deve ser aplicado, desde que todos os bens a serem partilhados sejam bens comuns, isto é, adquiridos na constância da união.

1.611, § 1º, do Código Civil revogado, a companheira que foi contemplada em testamento com bens de valor superior ou igual àqueles sobre os quais recairia o usufruto.

3. Tendo sido legado à companheira do falecido propriedade equivalente a que recairia eventual usufruto, tem-se que tal solução respeita o que dispõe o art. 1.611, § 1º, do CC/16, uma vez que, juntamente com a deixa testamentária de propriedade, transmitem-se, por consequência, os direitos de usar e de fruir da coisa, na proporção exigida pela lei.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 594.699/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009).

Outro não é o entendimento da doutrina que, aceitando justa a teleologia da norma, manifesta-se no sentido de reconhecer o princípio do não-desamparo. Nesse veio, tratando do direito real de habitação garantido ao cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial, CARVALHO NETO assim resume o espírito do instituto:

A intenção do legislador foi evitar situação comum na repartição dos bens hereditários, e prejudicial ao cônjuge supérstite. Se um único bem existia para ser partilhado, e o era entre o cônjuge e herdeiros, poderiam estes, depois de estabelecida a comunhão sobre o imóvel, pretender a desconstituição do condomínio, a qualquer tempo, e independentemente de motivo. Com isso, o cônjuge supérstite, que até então vivia em sua casa, era obrigado a deixá-la, sucumbindo ao direito maior do co-proprietário que podia exigir o desfazimento do condomínio. Essa situação tornava-se ainda mais comum quando os herdeiros filhos eram descendentes apenas do falecido ou quando o cônjuge concorria com ascendentes do “de cujus”. Nota-se, portanto, o caráter assistencial do instituto.²⁷

Sem embaraços, o Estatuto da Mulher Casada vai ainda mais além, assegurando-lhe não só o cargo de cabeça do casal, mas também a precedência na nomeação para o exercício da inventariança, desde que estivesse convivendo com o *de cujus* ao tempo de sua morte ou se, separada de fato, a separação não ocorrera por culpa sua, conforme o disposto no art. 469 do Código de Processo Civil revogado. Tal posicionamento fora reforçado pelo legislador do Código de Processo Civil em vigor, conforme veremos adiante.

²⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 103.

2.4 O Código de Processo Civil de 1973

O novo Código de Processo Civil, vigente desde 01/01/1974, garantiu ao cônjuge sobrevivente, em seu artigo 990, inciso I, desde que casado sob o regime da comunhão – não se distinguindo entre universal e parcial – e convivendo com o extinto ao tempo da sua morte, o direito de ser nomeado inventariante em primazia. A redação fora recentemente alterada para não limitar o direito ao regime de bens do casamento, bem como para incluir no rol o companheiro sobrevivente, segundo a L. 12.195/2010.

A norma representou, em especial para as mulheres, importante avanço se comparada com textos normativos mais antigos, neles incluídos o próprio código revogado. Indicava a clara orientação de que não mais cabia falar em uma *capis diminutio* da mulher e firmava a tão sonhada, mas ainda não plena, igualdade de direitos e deveres, também no que diz respeito ao acesso à Justiça.

Impende ressaltar, entretanto, que a jurisprudência tem se consolidado, e assim julgou a 4ª turma do STJ, no sentido de garantir ao juiz a possibilidade de flexibilização da ordem de nomeação, dadas as circunstâncias fáticas, em especial a litigiosidade do processo. Assim, firmou-se a ideia de que:

(...) a ordem de nomeação de inventariante insculpida no art. 990 do CPC deve ser rigorosamente observada, excetuando-se as hipóteses em que o magistrado tenha fundadas razões para desconsiderá-la, com o fim de evitar tumultos processuais desnecessários ou mesmo a sonegação de bens, como no caso, em face da patente litigiosidade existente entre as partes (STJ-4ª T., REsp 283.994, Min. Cesar Rocha, j. 06/03/01, DJU 07/05/01).

Essa flexibilização jurisdicional, apesar das expressas disposições legais, já vinha sendo observada na jurisprudência nacional, desde muito antes da entrada em vigor do Novo Código Civil e das alterações legislativas nele realizadas e no seu adjunto de processo civil.

De fato, mesmo a rígida divisão patrimonial decorrente do regime de bens aplicável ao casamento fora, por vezes, afastada no âmbito judicial, a fim de garantir maior isonomia entre as partes envolvidas e de assegurar o não desamparo dos sucessores. Nesse sentido, muito antes do próprio Estatuto da Mulher Casada ou do Código de Processo Civil de 1973, já batia às portas do Supremo Tribunal Federal, em 1946, a questão da relativização dos regimes legais de bens, em especial o da separação, dando origem posteriormente à Súmula 377/STF, que será analisada com mais vagar logo adiante.

2.5 A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal – o reconhecimento jurisprudencial do não-desamparo

Publicada em 08/05/1964, a Súmula 377 do STF cristalizou o entendimento da corte no sentido de que, a despeito do regime da separação legal de bens, o magistrado pode superar o regramento da lei e permitir a partilha dos bens onerosamente adquiridos na constância da união.

Apesar da aparentemente simplória redação: “**No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos onerosamente na constância do casamento**”; o verbete da Suprema Corte representa uma verdadeira revolução na jurisprudência pátria, não só no que diz respeito ao direito material, mas também em relação ao Direito Processual, uma vez que permitiu ao magistrado, na realização da partilha dos bens, afastar a aplicação expressa da lei, baseando-se em critérios não meramente juspositivistas, abrindo-se ao julgador a possibilidade de decidir conforme o espírito da lei.

Os principais precedentes²⁸ a informarem a cristalização da jurisprudência, os REs 9.128 e 10.951, datados de 1948, dizem respeito, em suma, à imposição legal do regime de separação de bens ao nubente que contasse com idade superior ao limite estabelecido pela lei. Em todas as decisões, ainda que não por unanimidade, decidiu-se pela comunhão dos aquestos, haja vista a presunção da partilha de esforços para sua aquisição, dando, portanto, interpretação extensiva ao art. 259 do Código Civil revogado.

Entretantes, em que pese a relevância do verbete sumular à compreensão do regime legal da separação de bens e de seus efeitos patrimoniais na sucessão, ao nosso estudo interessa mais debruçar sobre a evidente mudança de perspectiva da jurisprudência pátria e na introdução cada vez mais forte do regime da comunhão parcial de bens como aplicável na generalidade dos casos. Na prática, foi isto que a Súmula 377/STF admitiu: a aplicação da comunhão parcial de bens aos regimes que não o da comunhão universal, desde que silente o contrato sobre a sua partilha, por aplicação do indigitado art. 259 do códex revogado.

Assim, com a clara intenção de proteger o cônjuge supérstite, a jurisprudência foi se firmando no sentido de garantir a meação ao cônjuge, ainda que casado estivesse sob o regime da separação obrigatória, visto se tratar de imposição de lei. Tal interpretação vem, então, parrear-se à introdução no sistema normativo de duas outras importantes legislações no sentido de impedir o desamparo do cônjuge, a saber, a Emenda Constitucional nº 9/77 e a Lei do Divórcio, do mesmo ano.

2.5 A Emenda Constitucional nº 9/77 e a Lei do Divórcio

²⁸ Além dos citados, constam dos assentos do Supremo Tribunal Federal, todos no mesmo sentido, ainda que um tanto diferentes na matéria fática “sub examinem”, os REs 7.243/45 e 8.984/51, ambos em embargos de declaração. Para uma maior compreensão da matéria, recomendo a leitura do voto do Ministros Castro Nunes, proferido no julgamento do RE 10.951/48

Após muitos anos de embate jurídico e legislativo, travado não só no âmbito do recém-inaugurado Congresso Nacional na Nova Capital, mas também em cada casa, botequim, igreja, praça e rua; fora, enfim, aprovada a Emenda à Constituição nº 9, em 26/06/1977, introduzindo no sistema normativo brasileiro a figura do divórcio, como verdadeira forma de dissolução do vínculo conjugal.

A aprovação do texto no Poder Legislativo, no entanto, só foi possível por uma verdadeira manobra um tanto antidemocrática, por intermédio da diminuição do quórum constitucionalmente previsto para aprovação das emendas constitucionais, algo só realizável por força do Ato Institucional n. 5/1968, marco da ditadura militar brasileira.

A redação enfim aprovada ficou assim redigida:

Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 175.

(...)

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos."

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.²⁹

A primeira importante alteração técnica realizada pela EC 9/77 foi a substituição do termo "desquite", utilizado no Código Civil e já assentado na doutrina e jurisprudência pátrias, para o termo "separação judicial" sob o argumento, entre outros, de tentar reverter o estigma que acompanhava a palavra.

A segunda implicação da emenda foi a criação de um sistema de dupla jurisdição acerca da dissolução da vida conjugal, ainda que no chamado "divórcio direto". Assim, para que houvesse a decretação do divórcio, era necessária a prévia declaração da separação do casal, seja contando o lapso temporal de três anos desde a separação judicial, seja do prazo de cinco anos da separação de fato.

²⁹ Por óbvio, o artigo se refere à Constituição de 1969. Texto extraído do sítio da Câmara dos Deputados, em 30/06/12: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-9-28-junho-1977-366981-publicacaooriginal-1-pl.html>

Apesar das duras críticas ao sistema – a nosso ver, umas justas, outras nem tanto – , na prática, a introdução do divórcio no sistema normativo brasileiro permitiu uma emancipação importante da vontade privada em relação à dureza da intervenção publicista no âmbito familiar.

Partindo de uma perspectiva ontológica, a Emenda n. 9 representou uma verdadeira revolução social no sentido de família, uma vez que passou a levar mais em consideração os critérios de afeto, amor e cumplicidade, do que a instituição tradicional em si. Em outras palavras, a *affectio maritalis* foi catapultada ao patamar de requisito fundamental, condição *sine qua non* à manutenção da vida conjugal, preterindo a preservação da instituição familiar tradicionalmente conhecida.

Importante ressaltar, ainda, que a introdução do divórcio no Brasil representa, a bem da verdade, um marco de transição nesse conceito, uma vez que ainda manteve traços da rigidez na constituição/desconstituição da família pelo casamento. Sem embargo, os reflexos da norma vão ainda mais longe, pois a própria noção de entidade familiar tem na EC 9/77 e na Lei do Divórcio uma baliza na transição da ideia anteriormente mais ligada ao que conhecemos como o “clã”, para a da família restrita ao núcleo familiar composto por pai, mãe e filhos.

Essa nova perspectiva acerca da família na sociedade moderna é bem definida por PARLINGIERI:

“O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a ‘*affectio*’ constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.”³⁰

³⁰ PARLINGIERI, Pietro ‘apud’ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. In **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável** – 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001; p. 35.

Nessa ótica, em 26/12/77 fora sancionada a L. 6.515, não apenas para regulamentar o art. 175 da Constituição de 1964, segundo o comando da EC n. 9/77, mas também para impingir uma verdadeira reforma no direito de família, tal qual lançado no Código Beviláqua [CARVALHO NETO: 2007].

A admissão da transitoriedade da relação conjugal, advinda da lei, dentre outros fatores, foi decorrência da mobilidade social que se tornou acessível à mulher, haja vista que, antes e cada vez mais, tornava-se independente do marido, seja no sustento material, seja na aceitação social. Assim, a alteração do prisma jurídico com que eram vistas as relações patrimoniais no casamento era medida que se impunha.

Dessarte, dentre as alterações mais importantes decorrentes da lei, pode-se pinçar a alteração do regime legal ou supletivo de bens da comunhão universal para o da comunhão parcial, isto é, na ausência de pacto antenupcial, o regime patrimonial aplicável aos casamentos passaria a ser o da comunhão dos aquestos.

Tal alteração serviu, então, para dar coesão lógica ao sistema instituído com o reconhecimento do desfazimento do vínculo conjugal pelo divórcio, uma vez que, em não sendo mais indissolúveis os casamentos, não haveria razão para se manter um regime patrimonial que atrelasse os cônjuges perpetuamente.

Nesse mesmo trilhar, visando o Direito das Sucessões, a Lei do Divórcio alteraria – mais uma vez – a redação do art. 1.611, do Código Civil de 1916, dando-lhe a seguinte redação:

Art. 1.611. À falta de descendentes ou ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

Assim, pela nova redação conferida ao dispositivo, teria direito de suceder o cônjuge que, ao tempo da morte do outro, não tivesse a sociedade conjugal cindida pela

anulação do casamento³¹, divórcio ou separação judicial, independentemente do regime de bens adotado. Nesse ponto, vale ressaltar que a maioria da doutrina se firmou no sentido de que, por se tratar de norma restritiva de direitos, tal efeito jamais poderia ser emprestado à separação de fato³².

Nessa vereda, verifica-se que a L. 6.515/77 representou, não só formalmente, uma mudança material na visão sócio-jurídica acerca das relações familiares, apesar de ainda ter mantido muitos elementos reacionários. Nada obstante, fato é que a Lei do Divórcio significou uma das mais vanguardistas alterações legislativas do Direito pátrio no século passado, não se limitando a alterar o regime supletivo de bens ou alterar a redação de disposições do Código, mas também tornou facultativa a adoção do nome do marido pela mulher, assim como, alterando a L. 883/1949, permitiu o reconhecimento de filho havido fora do casamento, por meio de testamento cerrado, e o direito à herança em igualdade de condições.

Aliás, esse espírito de igualdade entre os herdeiros e de proteção do núcleo familiar mais próximo foi privilegiado em outras legislações. Dentre elas, releva-se ao nosso estudo a L. 6.858/80 que, apesar da singeleza de seus dois artigos, representa importante marco legislativo na busca da celeridade processual e na inserção do conceito de concorrência nos direitos hereditários, como veremos adiante.

2.6 Lei 6.858/80

³¹ Há que se ressaltar que o casamento nulo ou anulado não pode produzir efeitos, inclusive sucessórios. No entanto, caso fosse proclamada a putatividade, deferir-se-ia ao cônjuge de boa-fé a permanência do seu direito sucessório.

³² Nesse sentido, entre outros, v. Washington de Barros Monteiro, *in Curso de Direito Civil, vol. 6*; Antônio José de Souza Levenhagen, *in Código Civil: Comentários Didáticos (Direito das Sucessões)*; Revista Forense, 76/519.

Lapidada originalmente para regulamentar o pagamento das verbas trabalhistas, da conta vinculada do FGTS e do saldo das cotas do PIS/PASEP, deixadas por ocasião da morte do titular, a L. 6.858/80 legou tal montante aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou aos sucessores, segundo a lei civil, em igualdade de condições.

Deferia-se, assim, aos dependentes do *de cujus* o direito de perceber em iguais proporções as verbas de natureza trabalhistas a ele devida e não recebidas em vida. Na prática, o grande beneficiário foi justamente o cônjuge supérstite que, por ser reconhecido pela legislação como dependente necessário, poderia ter o direito de receber tais verbas isoladamente.

Caso não constassem habilitados, valendo-se da ordem de vocação hereditária, seriam chamados a perceber as verbas os demais herdeiros. Aqui vale ressaltar que, segundo a nova sistemática trazida pelo art. 1.829, inciso I, do Código Civil de 2002, objeto de nosso estudo, com o direito de concorrência garantido ao cônjuge supérstite, independente da discussão acerca da natureza das verbas, o viúvo perceberia quinhão igual ao dos demais descendentes ou ascendentes.

Do ponto de vista processual, a L. 6.858/80 permitiu, independentemente de inventário ou arrolamento, a partilha das verbas mencionadas, assim como às restituições o Imposto de Renda e outros tributos recolhidos da pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários, contas de caderneta de poupança e aplicações financeiras, cujo montante não supere 500 ORTNs.

Tal disposição, a nosso ver, é fruto da já latente busca pela desburocratização do acesso ao Judiciário e pela celeridade processual. Princípios que seriam consagrados na Constituição Cidadã de 05 de outubro de 1988.

2.7 A Constituição de 05 de outubro de 1988 e a flexibilização do conceito de família

Inspirada em ideais democráticos e republicanos, a Constituição Cidadã, como ficou conhecida a Constituição Brasileira de 05 de outubro de 1988, intentou firmar-se como panteão da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da não discriminação e da igualdade de direitos.

Calcado, então, nesses princípios, o constituinte originário, instigado pelo “*lobby do batom*” – como ficaram conhecidos os movimentos feministas na constituinte –, tratou de lançar logo no primeiro artigo do título dedicado aos direitos e garantias fundamentais a isonomia como princípio basilar de todo o Estado brasileiro, assim dispendo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Não limitado a isso, a Carta Magna foi ainda mais além, derrubando de uma vez por todas a barreira que separava homens e mulheres, fazendo questão de colocar no primeiro inciso do artigo 5º que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, reforçando o disposto no inciso IV do art. 3º.

De forma ainda mais direta, entretentes, a isonomia pretendida entre homens e mulheres conferiu, enfim, a capacidade plena às mulheres, inclusive no casamento, tanto que, no art. 226, §5º, do texto constitucional, fez constar expressamente:

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

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

Dessarte, a direção da família, em especial no que diz respeito à pessoa dos filhos e à administração do lar, ao menos em tese, incumbe tanto ao homem, quanto à mulher, em direitos e obrigações. Diz-se em tese por que, como consabido, apesar dos importantes avanços legislativos, permanece ainda, infelizmente, uma carga histórica de preconceitos e discriminações em relativamente à participação feminina na sociedade.

Por essa razão, seguindo o preceito aristotélico de que os desiguais devem ser tratados de forma desigual, na busca da materialidade da isonomia, uma série de normas constitucionais foram elaboradas no sentido de conferir especial proteção às mulheres³³, garantindo a criação de políticas públicas na erradicação da violência e discriminação contra a mulher, entre outras medidas.

Entrementes, vale dizer que, em razão da própria emancipação jurídica e econômica conferida às mulheres, hoje e cada dia mais deve-se pensar os princípios da discriminação positiva com certa parcimônia, sob o risco de, arvorando a bandeira da isonomia, criar verdadeira desigualdade. Tal raciocínio é fundamental à escorreita interpretação das normas infraconstitucionais, em especial no que tange às normas de direito sucessório sob exame nesse excerto.

Noutra vereda, o princípio da igualdade esculpido no texto constitucional vai muito além da igualdade entre homens e mulheres, devendo ser pensado em todas as relações humanas. A nós interessa mais a isonomia que fora, enfim, conferida aos filhos, havidos ou não do casamento. Nessa esteira, dispôs o art. 226 em seu §6º:

Art. 226

(...)

§6º 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.

³³ No âmbito infraconstitucional, uma série de normas, buscando o tratamento diferenciado às mulheres, seguiram-se ao texto da Carta de 88, v.g., a L. 10.406/02 (Código Civil), L. 10.886/04 (criou o tipo penal da “violência doméstica”), L. 11.106/05 (alterou o Código Penal, criando a agravante de pena de crimes praticados contra cônjuge, além de estipular outros tipos penais) e L. 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Assim, não há mais que se falar em filhos adulterinos, não se fazendo mais distinção, também no direito sucessório, entre os filhos havidos de relações intra ou extraconjugais. A redação fora, inclusive, ratificada no art. 1.596 do Código Civil de 2002.

A bem da verdade, o novo Estado brasileiro, reinaugurado ao fim do breve século XX, reflete a reestruturação da grande maioria dos paradigmas sociais, marcadamente pela flexibilização das relações interpessoais, mormente no tocante aos modelos tradicionais de entidade familiar, o que, por alguns é denominado como a “crise da família”, na preciosa lição de MAIA JÚNIOR, cujo excerto, apesar de longo, pede-se licença para transcrever:

Os primeiros sinais de modificação do pensamento e do comportamento da coletividade surgem na esfera familiar. As situações familiares são vivas e atuais, e forçam o aperfeiçoamento das normas jurídicas e sua reestruturação.

A experiência tem demonstrado que, no âmbito do direito de família, as normas jurídicas tornam-se obsoletas mais rapidamente, e não poucas vezes perder seu valor, exigindo dos juízes maior criatividade, responsabilidade, sensibilidade e empenho no exercício da jurisdição, chegando-se mesmo a falar em “crise da família”, ou pelo menos de seu modo tradicional

O termo é equívoco e admite significações diversas, dependendo da ótica em que seja enfocado, se sociológica, psicológica ou jurídica. De certo modo, porém, procura refletir o fenômeno da dificuldade de adaptação das estruturas familiares, em particular o modelo tradicional de família, às mui rápidas e significativas mudanças verificadas na sociedade hodierna, bem como as alterações em seus valores.

As modificações sucedidas no ambiente social, em particular com a padronização dos comportamentos nas sociedades ocidentais, fruto da facilidade de tráfego e comunicação, têm trazido dificuldades às relações familiares. As questões referentes à liberdade sexual, à autoridade paterna, aos direitos e liberdades dos filhos, à reprodução assistida, ao aborto, ao papel da mulher na sociedade conjugal, aos deveres e responsabilidades dos pais e filhos, à facilidade da dissolução da sociedade conjugal, e a coexistência de famílias com integrantes comuns, ou seja, com prole de progenitores distintos e comuns (os casos popularmente referidos como “os meus, os teus e os nossos filhos”), têm gerado instabilidade às relações familiares.

(...)

O desafio das regras jurídicas é procurar adequar-se eficazmente às modificações sofridas pela família, de molde a atender aos reclamos pela pacificação das questões surgidas com justiça, eficácia e tempestividade.

A construção do sistema normativo relativo às questões familiares deve observar as peculiaridades inerentes ao direito de família. Assim, por exemplo, a atualização das regras jurídicas, quando possível, deve ser possibilitada independentemente de modificações legislativas, sem embargo de apresentar natureza prospectiva, de

molde a possibilitar o fortalecimento da instituição familiar e a garantia dos direitos individuais de seus integrantes.³⁴

Fundada, então, nesses princípios e fundamentos sociais e axiológicos, a Constituição Federal tratou de reconhecer a flexibilização do conceito de família, de modo a estender a proteção do Estado às diversas formas de apresentação das entidades familiares.

Nesse prumo, estabeleceu no artigo 226 como entidades familiares, além da tradicionalmente estabelecida união conjugal pelo matrimônio civil entre homem e mulher, o casamento religioso, a família monoparental – assim entendida a “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, nos dizeres do §4º - e a união estável³⁵, mantendo-se, contudo, o casamento como referência de entidade familiar.

Tratando dessa flexibilização do conceito de família na contemporaneidade, vale a asserção de HIRONAKA:

A acepção de família, hoje, espraia-se pelo mais amplo de todas as concepções, transgredindo os limites ditados pela lei, quer os de parentalidade por afinidade, bem como expande os contornos das entidades matrimonializadas ou constituídas pela união estável.³⁶

O professor Euclides de Oliveira assim resumiu o assunto:

³⁴ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit. pp. 35-38.

³⁵ Recentemente, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal ampliou o conceito de união estável, a fim de abarcar a união entre pessoas do mesmo sexo, garantindo-lhes o status de entidade familiar, merecedora, portanto, da proteção do Estado. Nada obstante, vale ressaltar que, em que pese a repercussão geral da matéria e o forte clamor social envolvido, o julgamento da Suprema Corte não tem caráter plenamente vinculante, não havendo ainda súmula ou legislação específica sobre o assunto o que, de certa forma, ainda lança nuvens sobre o tema, causando certa insegurança jurídica.

³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: Passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; p. 338.

O princípio igualitário [da Constituição] estendeu-se também ao plano da formação da família. Nesse ponto, mostram-se de grande impacto as inovações introduzidas pelos arts. 226 e 227 da Constituição. 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), todas elas dignas de proteção do Estado. Depois, por se reeditar a norma de plena igualdade de marido e mulher no casamento. E, da mesma forma, por se garantir tratamento igualitário a todos os filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, vedada qualquer discriminação relativa à sua origem.³⁷

E vai mais além, firmando-se em RESENDE DE BARROS, e afirma que o rol do art. 226 não é taxativo:

Bem acrescenta Sérgio Resende de Barros que, não obstante o avanço constitucional no trato do ente familiar, a casuística do art. 226 não se esgota com as formas enumeradas. Há os casos de entidades familiares que não contam com um dos pais (monoparentais), também pode haver famílias “anaparentais”, ou seja, sem pai nem mãe, de larga frequência em determinados seguimentos sociais, sobretudo nos grandes centros urbanos.³⁸

Nesse mesmo sentido é a lição da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O Texto Maior tem sido tratado como ponto de partida para o reconhecimento de novas entidades familiares, a partir da regra basilar de que o rol constitucional é meramente exemplificativo (*numereus apertus*), e não taxativo (*numerus clausulus*).³⁹

³⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de Herança: a nova ordem da sucessão**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009; pp. 31-32.

³⁸ OLIVEIRA, Euclides da Cunha de. Op. cit. p. 31, nota de rodapé n. 25.

³⁹ Idem. Ibidem.

Defendendo uma elasticidade ainda maior ao conceito e na contramão do disposto no art. 1.727 do Novo Código, em defesa do reconhecimento do concubinato “impuro”, assim dispôs a professora Maria Berenice Dias:

Não mais se identifica como família exclusivamente o relacionamento selado pelo matrimônio. O conceito de família alargou-se passando a albergar os vínculos gerados pela presença de um envolvimento afetivo. O amor tornou-se um fato jurídico merecedor de proteção constitucional. A existência de um elo de afetividade é o que basta para o reconhecimento de uma entidade familiar. Com o desaparecimento da família patriarcal e matrimonializada, passou a família a ser identificada pelo laço de afetividade que une pessoas. Conforme bem lembra Paulo Luis Netto Lôbo, “o princípio da afetividade tem fundamento constitucional: não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico”.⁴⁰

Noutra vereda, embora o estudo das diversas entidades familiares não constitua o objeto central de nosso estudo, esse primeiro olhar sobre o tema é fundamental para se compreender e interpretar corretamente os institutos normativos no âmbito do Direito das Sucessões, uma vez que é fundamental ter em mente o correto conceito de família, como objeto de proteção estatal, a fim de, fundamentados nos princípios basilares da igualdade e da liberdade, possamos operar a norma jurídica de forma mais equânime e justa.

Nesse prumo, o Código Civil de 2002 veio não só como reforma do já antigo Código Beviláqua, mas também como resposta aos clamores sociais há muito iniciados e consagrados na Constituição, mas que ainda necessitavam de maior regulação por parte do legislador, aspirando, ainda, ser instrumento de progresso e desenvolvimento de uma sociedade mutável e plural. Não obstante, em muitas matérias, o Código buscou adotar uma posição intermediária entre a vanguarda e o reacionismo, nas palavras do próprio Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora do Código:

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *In Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade*. Artigo extraído da internet, no sítio: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4 - adult%20rio, bigamia e uni%20est%20vel - realidade e responsabilidade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20rio, bigamia e uni%20est%20vel - realidade e responsabilidade.pdf), em 24/09/12.

O que importa é ter olhos atentos ao futuro, sem o temor do futuro breve ou longo que possa ter a obra realizada. Códigos definitivos e intocáveis não os há, nem haveria vantagem em tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser do homem, que é o seu desejo perene de perfectibilidade. Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se, antes, como sistema de soluções normativas e de modelos informadores de experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada.⁴¹

E tratando mais especificamente das alterações realizadas no Capítulo do Direito de Família:

Observe-se, desde logo, que algumas disposições foram alvos de críticas antagônicas, uns entendendo que a Comissão assumira uma posição retrógrada, mesmo em confronto com a legislação vigente, enquanto que outros a condenavam por desmedidos excessos...

Tais contradições da crítica ocorreram especialmente no que se refere à posição dos cônjuges (...)

Entre esses dois extremos situa-se o Anteprojeto, que põe termo ao “poder marital”, pois não se pode dizer que este subsista só pelo fato de caber ao marido a direção da sociedade conjugal, visto como ele só poderá exercer com a colaboração da mulher, no interesse do casal e do filho.⁴²

Partindo, dessa ótica histórico-sociológica das relações familiares e hereditárias, bem como tendo em vista esse espírito pluralista e garantidor da entidade familiar em suas diversas formas, passaremos, enfim, a analisar de forma mais perfunctória o Direito Sucessório aplicado ao cônjuge no regime da comunhão parcial de bens, haja vista a polêmica atrelada ao tema e a sua relevância para compreensão de todo o sistema normativo, alvejando

⁴¹ Na mensagem dirigida ao então Ministro de Estado da Justiça, Armando Falcão, constante da Exposição de Motivos da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. *In Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionadoç.* – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002; p. 26.

⁴² *Idem.* Op. cit. p. 55.

especialmente a problemática do direito de concorrência com os filhos na sucessão *causa mortis*.

CAPÍTULO 3 – O CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ANÁLISE DO DIREITO SUCESSÓRIO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL:

A PROBLEMÁTICA DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

3.1 A comunhão dos aquestos e a deninição de bens comuns e particulares

No Novo Código Civil, a relevância da questão patrimonial nas relações familiares assume um papel ainda mais relevante, seja porque os vínculos se tornaram mais frágeis, seja porque, em razão da própria evolução social e da independência financeira feminina, as relações econômicas se tornaram mais complexas, reclamando do Direito e de seus operadores uma reformulação de posicionamento e maior atenção.

Com esses contornos, a compreensão dos diversos regimes patrimoniais aplicáveis à sociedade conjugal é fundamental para a boa apreensão dos institutos legais e suas consequências, em especial no que diz respeito ao Direito Sucessório.

Ora, diferentemente do que vinha disposto no Código Revogado, o regime patrimonial aplicável ao casamento passa a ser fundamental à caracterização da existência ou não de direito sucessório relativo ao cônjuge supérstite. Isso porque, em verdadeira inovação legislativa⁴³, o Código de 2002, alterando a estrutura anterior, criou para o cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança, a depender do regime patrimonial adotado, engendrando uma forma especial de vocação hereditária, na qual

⁴³ A bem da verdade, como visto anteriormente, a legislação ordinária já havia disposto acerca de espécies de direito de concorrência ao cônjuge, mesmo o Código Beviláqua já previra a concorrência do sobrevivente em determinados desdobramentos da propriedade dos bens da herança, como o direito de usufruto vitalício e o direito real de habitação. No entanto, como ressalta Euclides de Oliveira, agora a participação concorrente é de maior expressão, uma vez que se refere ao domínio dos bens da herança [OLIVEIRA: 2009, p. 83].

determinado herdeiro necessário⁴⁴ pode ter assegurado direito hereditário, a despeito de sua classificação inferior na ordem de vocação legal, ‘in verbis’:

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.

Nas palavras do eminente jurista Rolf Madaleno, corroborando a noção de que a inovação legislativa veio a fim de prevenir o desamparo do cônjuge sobrevivente e sua participação nos bens exclusivos do autor da herança, senão vejamos:

O tema é inédito para o Direito brasileiro, embora já seja amplamente adotado em outras legislações. Sobre a novidade escreve Francisco José Cahali, ser a grande inovação do Código Civil a inclusão do cônjuge na primeira e na segunda classes de preferência, concorrendo com os descendentes e ascendentes na sucessão do falecido e adotando o critério já utilizado em outros países.

A intenção da vocação hereditária do viúvo ou da viúva no novo direito sucessório brasileiro é a de assegurar uma parcela patrimonial sobre os bens particulares do sucedido, o que só poderá ocorrer no regime da comunhão parcial de bens e no regime convencional da total separação de bens.⁴⁵

Assim, a despeito da controversa redação do referido artigo, que será objeto de análise mais verticalizada adiante, o fato é que, mais que nunca, a compreensão do regime de

⁴⁴ Aqui vale ressaltar outra importante inovação do Código Reale, atendendo ao clamor da maciça doutrina jurídica e da sociedade civil em geral, a novel legislação, seguindo a trilha do Código Português e de outras legislações alienígenas, catapultou o cônjuge sobrevivente à qualidade de herdeiro necessário, assegurando-lhe participação na legítima, conforme redação do art. 1.845 do CCB. Para mais, entre outros, cf. Caio Mário da Silva Pereira (Op. cit., pp. 127-134).

⁴⁵ MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de Família em pauta.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004; p. 116.

bens do casamento e, por via de consequência, a classificação dos bens constantes do acervo, é fundamental à delimitação do direito sucessório correspondente.

Nessa trilha, o estudo do regime patrimonial da comunhão parcial de bens é mais que pertinente, não só por constituir o objeto específico sobre o qual se debruça este excerto, mas também porque a comunhão dos aquestos constitui o regimen supletivo e, portanto, o parâmetro para os demais esquemas de regramento das relações patrimoniais no casamento e mesmo na união estável, já que o art. 1.725 do *codex* determinou a aplicação dos preceitos da comunhão parcial às relações patrimoniais daí decorrentes.

Em sendo assim, não nos basta afirmar que, na comunhão parcial, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, uma vez que a lei exclui dessa comunhão determinados bens, direitos e obrigações em razão de sua origem. Dessarte, seja por força legal ou por disposição contratual, firmada no pacto antenupcial, consubstanciam o patrimônio universal bens comuns, isto é, aqueles cuja dominialidade é partilhada por ambos os cônjuges, e bens particulares, ou seja, aqueles que não se comunicam, seja na vida, seja na morte.

Trilhando esse rumo, vai dispor o art. 1.659 do Código Civil o rol – taxativo – de bens, direitos e deveres que não entram na comunhão, *ipsi litteris*:

Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

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

Diversamente, vai assinalar os bens e direitos que integram a comunhão:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

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

A primeira relevante questão que surge, é a de que deve compreender o patrimônio componente do acervo universal tanto o ativo como o passivo. Aparentemente singela, a afirmativa tem repercussão direta no direito sucessório, pois, uma vez que determinadas obrigações não entram na comunhão, o acervo patrimonial alcançável, por exemplo, por eventuais credores do *de cuius* estaria reduzido, sendo importante repisar que, na esteira do disposto no art. 1.792 do CCB, o alcance do direito do credor do espólio está limitado às forças da herança.

Noutra vertente, questão ainda mais intrincada diz respeito à não comunicação dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge. Ora, o dispositivo normativo parece ilógico, uma vez que, na maioria das vezes, os bens adquiridos, na constância da união ou fora dela, são fruto dos proventos do trabalho pessoal dos cônjuges. É como preleciona Alexandre Guedes Alcoforado Assunção:

A previsão da exclusão dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, indicada no inciso VI, produz situação que se antagoniza com a própria essência do regime. Ora, se os rendimentos do trabalho não se comunicam, os bens sub-rogados desses rendimentos também não se comunicam, conforme o inciso II, e, por conseguinte, praticamente nada se comunica nesse regime, no entendimento de que a grande maioria dos cônjuges vive dos rendimentos do seu trabalho. A comunhão parcial de bens tem em vista comunicar todos os bens adquiridos no casamento a título oneroso, sendo que aqueles adquiridos com frutos do trabalho contêm essa onerosidade aquisitiva.⁴⁶

⁴⁶ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *In Código Civil Comentado*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010; p. 1660.

A matéria, no entanto, se torna especialmente relevante quando se está diante de determinadas verbas trabalhistas e dos bens sub-rogados em seu lugar, como no caso dos saldos de participação no FGTS ou verbas rescisórias⁴⁷. A esse respeito, já se pronunciou a 3ª Turma do STJ, nos seguintes termos:

Direito civil e família. Recurso especial. Ação de divórcio.
Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens.
Possibilidade.
- Ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é devida à meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento.
- As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão de contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal.
Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 646.529/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 266).

Com isso à destra, tem-se que, via de regra, entram na comunhão, compondo o patrimônio comum os bens, direitos e obrigações cujo título constitutivo tenha surgido na constância do matrimônio ou os sub-rogados em seu lugar. Assim, por via de consequência, como explanou o art. 1.661 do indigitado diploma legal, “são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento” ou que, por sua própria natureza, definição legal ou contratual não devam compor o patrimônio universal – como ocorre nos bens havidos por doação, gravados com cláusula de incomunicabilidade.

⁴⁷ Nada obstante, a nosso ver, em se tratando de verbas de origem trabalhista, como o FGTS, deixadas à sucessão *causa mortis*, devem ser aplicados os dispositivos do art. 1.037 do CPC, dispensando a realização de inventário para tais valores, e do art. 1º da L. 6.858/80, já analisada alhures, partilhando-se as verbas de forma igualitária entre os herdeiros habilitados junto ao órgão de previdência competente ou entre os herdeiros indicados na ordem estabelecida no art. 1.829 do CCB.

3.2 Os direitos do cônjuge na sucessão do falecido

Delimitado o panorama, podemos avançar à análise mais específica do direito sucessório do cônjuge sobrevivente, partindo-se da premissa de que o legislador, seguindo a construção doutrinária e jurisprudencial, previu o direito sucessório do cônjuge somente na hipótese em que, mantida a sociedade conjugal, estivesse convivendo com o *de cujus* ao tempo da abertura da sucessão ou se, estando separado de fato, não tivesse culpa pela ruptura. Senão vejamos:

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 há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Na compreensão do instituto, vale mais uma vez a preciosa lição de HIRONAKA:

(...) as conclusões da análise do dispositivo oferecem quatro hipóteses distintas, relacionadas à presença ou à ausência de culpa pela separação: primeiro, o falecido foi culpado pela separação de fato; segundo, o cônjuge sobrevivente foi o culpado pela separação de fato; terceiro, ambos foram culpados pela separação de fato; quarto, nenhum deles, nem o morto, nem o sobrevivente, foram culpados pela separação de fato. (...) A interpretação do art. 1.830 do CC esclarece que se a culpa pela ruptura de fato deveu-se exclusivamente ao morto (primeira hipótese), ou se não houve culpa de nenhum dos dois cônjuges nessa separação de fato (quarta hipótese), por ter havido, em um caso assim, um acordo tácito ou expresso entre eles, no sentido do afastamento conjugal, o cônjuge sobrevivente, mesmo que separado de fato ao tempo do falecimento do outro cônjuge, participará da sucessão, concorrendo nas duas primeiras ordens de vocação hereditária ou amealhando a totalidade do acervo, se a vocação, porventura, alcançar a terceira ordem sucessória.⁴⁸

⁴⁸ *Idem*, op. cit. p. 364.

Dessarte, visando a ordem de vocação hereditária na sucessão legítima, podem-se estabelecer quatro requisitos necessários e concorrentes à percepção do direito de herança para o cônjuge sobrevivente: 1) a morte do autor da herança ou a abertura judicial da sua sucessão em decorrência da declaração de ausência; 2) a existência de patrimônio sujeito à herança, na data da morte do *de cuius*⁴⁹; 3) estar o cônjuge convivendo com o falecido ao tempo de sua morte, ou se separado de fato não haver culpa sua na separação, estar legitimado a receber a herança e não impedido, seja por indignidade ou deserdação⁵⁰; 4) a aceitação da herança, expressa ou tacitamente.

Aliás, quanto à aceitação da herança, o artigo 1.804 do CC: “Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão”; tem suscitado certo debate na doutrina, em que se discute se a aceitação da herança representa causa suspensiva à transmissão da herança, a transmissão em si ou se representa a transmissão da propriedade da herança, enquanto a posse seria transmitida na abertura da sucessão, pelo ‘droit de saisine’.

Boa parte da doutrina, no entanto, se filia à posição de que, com a abertura da sucessão, transmitem-se a posse e a propriedade da herança, *ipsu iure*, desde a morte do autor

⁴⁹ Mister a ressalva de que a existência de patrimônio é condição para transmissão da herança, não para realização de inventário, sendo amplamente aceita, por doutrina e jurisprudência, a possibilidade do inventário negativo, haja vista que os efeitos da prestação jurisdicional nos feitos desse jaez extrapolam os da efetivação da propriedade transmitida no patrimônio dos herdeiros, tanto que a não realização de inventário é condição suspensiva ao matrimônio (art. 1.523, I). Nesse sentido, vale a lição de Francisco Cahali: “E, mesmo inexistindo patrimônio a ser conferido pelos herdeiros, tem cabimento, embora não indispensável, a instauração de *inventário negativo*, por exemplo, para cumprimento de obrigações do espólio, como outorga de escritura de imóveis vendidos em vida pelo autor da herança, por meio de instrumento particular, ou objetivando afastar a restrição prevista para o casamento do viúvo enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, considerada a situação como *causa suspensiva* ao matrimônio (art. 1.523, I), ensejando a imposição do regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, I).” (CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil, vol. 6: direito das sucessões**. Coord.: Everaldo Augusto Cambler. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; pp. 65-66). Nada obstante, impende dizer que, do ponto de vista processual, as partes requerentes deverão demonstrar na peça exordial seu devido interesse processual, indicando a necessidade da jurisdição, sob pena de não conhecimento do pedido, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

⁵⁰ Apesar da Lei Civil ter descurado da inclusão da possibilidade de deserdação do cônjuge, entendemos ser possível a aplicação analógica do instituto, afinal, o cônjuge, enquanto herdeiro, o é igual aos demais, sendo assim, deve haver também para ele a subsunção da norma inculpada nos arts. 1.814 e 1.961, ainda que restritiva de direitos.

da herança, servindo a aceitação como simples ato de confirmação da vontade do herdeiro. Nesse sentido, entre outros, registre-se a posição de Washington de Barros Monteiro:

Com a morte do *de cuius*, o domínio e a posse da herança transmitem-se ipso jure ao herdeiro, independentemente de qualquer outro ato deste. A aceitação não passa, pois, de mera confirmação, por parte do herdeiro, da transferência que lhe havia sido feita.⁵¹

Entretanto, com a vênua do saudoso jurista, a nós nos parece que a aceitação da herança não se trata de mera confirmação da vontade do herdeiro, mas de verdadeira condição suspensiva, decorrente de lei, para a perfectibilização da transmissão da herança. Ora, nos termos do art. 125 do Código Civil, aplicável por analogia, a existência de condição suspensiva impede que o beneficiário do direito adquira-o, se não ocorrer a tal condição. Trata-se de matéria vinculada ao plano da eficácia do negócio jurídico, não da existência ou validade.

Nesse mesmo prumo, a aceitação da herança, por disposição expressa de lei, tem o condão de impedir que ela [a herança] se transmita ao herdeiro que não a tenha aceitado, ainda que o direito lhe seja reconhecido desde a abertura da sucessão, tal como disposto no Direito Português, onde a questão restou mais bem delimitada⁵². Nesse sentido, para que a transmissão seja, portanto, eficaz, imperiosa se faz a aceitação da herança, nas formas estabelecidas na lei, expressa ou tacitamente. Nessa trilha, veja-se NADER:

A transmissão patrimonial *mortis causa*, que se opera com a *saisine* ou *sasina*, é de natureza provisória, pois depende da aceitação do quinhão pelo herdeiro ou legatário. Pela doutrina da *saisine*, adotada pelo Código Civil, a transmissão da

⁵¹ BARROS MONTEIRO, Washington de. Op. cit. p. 39.

⁵² Segundo ASCENSÃO, “À luz da lei portuguesa a aquisição só se dá pela aceitação: é o que expressamente estabelece o art. 2050º. A aceitação é, portanto, encarada como condição da própria aquisição, e não apenas como facto confirmativo desta. Este artigo não pode ser interpretado de forma diversa daquela que aparenta” (Op. cit., p. 445).

herança se verifica no momento da abertura da sucessão. Pode-se afirmar que o direito à herança, enquanto não se verifique a aceitação, encontra-se subordinado a uma condição suspensiva. (...) O ato de aceitação da herança ou legado consolida esse domínio e a posse indireta sobre o objeto da herança ou legado.⁵³

Dessa forma, deve-se entender o direito sucessório do cônjuge supérstite como um direito potestativo, cabendo a ele, portanto, o direito de aceitar ou rejeitar a herança, mas não a meação que porventura lhe caiba. Assim, considerando-se a possibilidade de junção num mesmo patrimônio de direitos de natureza diferente – meação e herança –, é fundamental a identificação da parcela patrimonial que integra ou não o patrimônio, inclusive para incidência do Imposto Sobre a Transmissão *Causa Mortis*.

3.2.1 A preservação da legítima na qualidade de herdeiro necessário

Dessarte, alçado o cônjuge à condição de herdeiro necessário ao lado dos descendentes e do cônjuge, por força do art. 1.845, é assegurado ao sobrevivente que esteja apto a participar da herança do finado consorte, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para tanto, a proteção da legítima, isto é, a garantia de que ao menos 50% (cinquenta por cento) do patrimônio sujeito à transmissão *causa mortis* ficará especializado em favor dos herdeiros necessários, conforme dispõe o art. 1.846 do CCB:

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

53 NADER, Paulo. Curso de direito civil. Vol. 6: direito das sucessões. – Rio de Janeiro: Forense, 2008; p. 63.

Mais uma vez, a lógica do instituto sucessório é a proteção legal dos herdeiros do autor da herança – e de seu núcleo familiar –, prevenindo-se a hipótese em que o falecido excluísse da sucessão aqueles seus parentes mais próximos (ao menos do ponto de vista normativo), por não os contemplar em eventual testamento.

No entanto, apesar do clamor social que envolve a disposição normativa, construída como resultado de centenas de anos de história jurídica, a colocação do cônjuge supérstite enquanto herdeiro necessário, se analisada em conjunto com os demais direitos sucessórios a ele conferidos – em especial o direito de concorrência –, além de limitar de forma substancial a vontade privada, acaba por colocar o cônjuge num patamar extremamente elevado em relação aos demais herdeiros, haja vista que o sobrevivente, além da herança, já teria resguardado seu direito de meação.

Ora, na nova sistemática do Código Civil, ainda que se pense na hipótese do cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória de bens, em que o autor da herança dispusesse da totalidade de seu patrimônio em favor de outra pessoa, por força da Súmula 377 do STF, já analisada, o supérstite teria garantido o direito de meação sobre os bens onerosamente adquiridos. Noutra quadra, se o regime fosse o da separação convencional, mais lógica ainda seria a não aplicação do instituto, haja vista que, se durante a vida, os consortes optaram livremente pela não conjugação do patrimônio, na morte, a concessão de tal direito pareceria desarrazoada.

Não obstante, as hipóteses são as mais cerebrinas, mas é inegável que a colocação do cônjuge como herdeiro necessário representa um importante avanço no Direito das Sucessões brasileiro e na proteção dos entes familiares, o que se deve observar ao nosso ver, contudo, é a isonomia entre esses herdeiros, tendo por certo que a proteção da legítima não é o único dispositivo normativo garantidor de seu amparo sócio-legal, uma vez que a Lei Civil garantiu ao cônjuge sobrevivente privilégios de direito sucessório mesmo em face dos demais herdeiros.

3.2.2 O direito real de habitação e o denominado “ piso de herança ”

Seguindo esse “empoderamento” do cônjuge supérstite, ao lado da proteção da legítima, é a ele conferido o direito real de habitação e o chamado “ piso da herança ”, sem prejuízo de seus direitos hereditários, em sentido estrito. Não obstante, como visto, o cônjuge só será considerado herdeiro a depender, essencialmente, do regime patrimonial adotado no casamento. Entretanto, independentemente mesmo do regime adotado, o Código inicia o rol de garantias, reafirmando-lhe o direito real de habitação sobre o imóvel de residência da família:

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

Cuida-se, então, de direito sucessório, mas não hereditário, no qual o legislador claramente intencionou proteger o cônjuge supérstite do eventual desamparo de se ver desalojado de sua moradia, no mais das vezes, quando ainda conta com avançada idade, por isso, ampliou o rol de cônjuges beneficiários do direito, sem distinção do regime patrimonial adotado.

Aqui, vale pontuar não só a ampliação do direito em relação à legislação anterior, mas também o fato de que, por se tratar de direito disponível, o cônjuge pode renunciá-lo não dependendo a aceitação, a renúncia ou mesmo a atribuição do direito à transcrição no registro de imóveis. A doutrina, no entanto, critica o instituto por não ter incluído o companheiro, bem como por não ter limitado sua fruição ao período da viuvez. Nas palavras de EUCLIDES DE OLIVEIRA:

Agora, com disposição ampliativa, o Código Civil mantém o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, não importa o regime de bens, no que andou

certo, pelo caráter assistencial daquele direito. Excedeu-se, porém, ao não limitar o gozo do direito de habitação ao período da viuvez. Melhor seria que conservasse 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 ao casal enquanto não tivesse nova união ou casamento, como constava da Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, no seu art. 7º, parágrafo único (que concedia direito real de habitação ao companheiro sobrevivente)⁵⁴

Em que pese a notável importância do instituto, no sentido de albergar o viúvo, amparando-o nessa hora mais difícil, parece-nos que o legislador não se preocupou em prevenir a substancial limitação ao direito dos demais herdeiros, em especial no caso em que houver concorrência do cônjuge, uma vez que, já estando amparado pelo quinhão hereditário – e as vezes pela meação –, estaria, ainda, resguardado pelo direito real de habitação, oponível inclusive contra os compossuidores, não lhes devendo, sequer, o pagamento de aluguéis.

De certa forma, essa hipertrofia de direitos atribuída ao cônjuge supérstite parece ferir justamente a isonomia pleiteada, sem contar que acaba consubstanciando uma verdadeira incoerência lógica, já que os demais herdeiros, apesar de terem a si garantidos os direitos hereditários, ficam privados de deles usufruir plenamente, situação que se agrava ainda mais quando se tem em mente que a disposição legal se aplica, via de regra, a patrimônios de pequena monta.⁵⁵

Entretanto, outra vez é mister observar que as diversas situações da vida real que, por óbvio não podem estar abarcadas todas na lei, reclamam análise diversa em cada caso, pelo que o magistrado e os demais operadores do Direito devem estar atentos ao caso concreto, buscando sempre a efetivação da justiça distributiva. Como tem-se tentado demonstrar até aqui, apesar de algumas incoerências, outra não é a intenção do legislador se não cercar de direitos aqueles que, por força da própria lei, poderiam ficar desamparados.

Nessa vereda é que surge, ainda, o direito sucessório ao “pisso de herança”, assim denominado o direito de que dispõe o cônjuge, quando em concorrência com outros parentes

⁵⁴ Idem. Ibidem, p. 137.

⁵⁵ Nesse prumo, cf. ASCENSÃO, José de Oliveira (Op. cit. pp. 352-353).

do morto, de ver assegurado um determinado patamar mínimo de participação na herança, a fim de que não receba montante irrisório dos bens deixados por seu consorte.

Tendo em vista, portanto, a possibilidade de concorrência com os descendentes e com os ascendentes do autor da herança, o Código de 2002 vai disciplinar o piso de herança nos artigos 1.832 e 1.837, *in verbis*:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

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

Assim, em havendo a concorrência nos direitos sucessórios com os descendentes comuns ao casal, ficará especializado em favor do cônjuge o direito a, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da herança. Em concorrendo com os pais do falecido, se ambos estiverem vivos e aptos a herdar, terá direito ao piso de 1/3 (um terço) do patrimônio transmissível. No entanto, se concorrer com ascendentes de maior grau, ou se entre os pais do *de cuius* só houver restado um, o piso da herança é aumentado para 50% (cinquenta por cento) dela.

A questão polêmica que exsurge, contudo, diz respeito à lacuna legal instituída pelo art. 1.832 ao disciplinar que o piso de herança estabelecido só é devido quando o cônjuge concorrer com seus descendentes. A lei não estabelece, contudo, a hipótese de o cônjuge concorrer, ao mesmo tempo, com filhos comuns e exclusivos do falecido. Giselda Hironaka assim definiu a problemática:

Nada mais difícil, senão impossível, do que tentar, a um só tempo, atender aos ditames da lei e compor a equação matemática de resolução da dimensão dos quinhões a cada um dos descendentes herdeiros cabíveis, assim como o quinhão cabível ao cônjuge concorrente. Para tanto, não esteve atento o legislador, ao construir o dispositivo (art. 1.832 do CC) que tentou determinar qual o caminho a ser percorrido para a efetiva partilha entre os herdeiros concorrentes. (...) E é bastante curioso, até, observar esse vazio deixado pela Lei Civil, uma vez que em

nosso País a situação descrita é comuníssima, isto é, a situação de famílias que são constituídas por pessoas que já foram unidas a outras, anteriormente, por casamento ou não, resultando dessas uniões filhos (descendentes, enfim) de origens diversas.⁵⁶

A solução que nos parece mais correta, seja pela interpretação direta da lei, seja para a preservação da igualdade entre os herdeiros, é a apontada também por boa parte da doutrina, no sentido de excluir do cônjuge sobrevivente o direito ao “piso da herança”, passando, então, a concorrer em igualdade de condições, tal como ocorreria se concorresse só com filhos do extinto⁵⁷, já que, no mais, estar-lhe-ão assegurados o direito real de habitação e, possivelmente, sua própria meação.

A par de tudo que foi dito, é imperioso ressaltar, entretanto, que tais direitos só tocam ao cônjuge supérstite se este fizer jus ao direito de concorrência, nos termos dos incisos I e II do art. 1.829 do CC. Dessarte, a compreensão da conturbada redação do dispositivo e sua escorreita interpretação à luz dos princípios históricos, constitucionais e sistemáticos é imprescindível à devida aplicação de todo o Direito Sucessório, inclusive no que tange à sucessão do companheiro e mesmo à sucessão testamentária. Nesse prumo, trataremos na seção final de forma mais pormenorizada acerca das discussões sobre o dispositivo, buscando compreender sua delimitação e orientar, pelo princípio do não desamparo, à aplicação da norma.

3.3 Da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido – uma análise crítica do art. 1.829, inciso I, do Código Civil

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. p. 371..

⁵⁷ Nesse sentido, conferir as lições de CARVALHO NETO, Inácio de. (Op. cit., pp. 133-135); VELOSO, Zeno. *In* Código Civil Comentado...cit., p. 1.863; NADER, Paulo (Op. cit. p. 142). Sugerindo, no entanto, que não há salvação para o instituto, entendendo ser necessária a integração interpretativa do julgador, veja-se HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Op. cit. p. 392) entre outros. Apontando, ainda, uma solução mista, na qual se deveria dividir proporcionalmente a herança, cf. LEITE, Eduardo de Oliveira (Op. cit. pp. 457-460).

3.3.1 A controversa redação do dispositivo legal

A despeito da eminência dos juristas que participaram da elaboração do anteprojeto do Código Civil de 2002, os dispositivos normativos encrustados na Lei Civil, especialmente no título dedicado ao Direito das Sucessões, têm sido alvo de várias críticas, seja em relação ao conteúdo material das suas proposições, seja em torno do aspecto formal dos artigos, tal como sua redação, topologia, sistematização e etc.

Sem sombra de dúvida, os maiores exemplos dessa lamentável falta de técnica legislativa, são os artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil em vigor que, por suas falhas estruturais, conduzem os operadores do Direito, em suas mais diversas instâncias, a interpretações absolutamente divergentes e, muitas vezes antagônicas e incoerentes, não por deficiência técnica, no mais das vezes, mas por falta de lastro legal adequadamente estabelecido.

As discussões acerca dos dois artigos têm sido objeto de destaque de praticamente todas as obras literárias no ramo do direito sucessório, sendo amplo também o debate na seara judicial. Nada obstante, como nosso estudo se concentra no direito de concorrência do cônjuge supérstite, em especial aquele casado pela comunhão parcial de bens, deixaremos de lado, nessa oportunidade, a discussão acerca do regime sucessório da união estável, a fim de dissecar, com mais esmero, o art. 1.829 do Código Civil, que tomamos a liberdade de retranscrever:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

No que tange ao inciso I, a primeira consideração a fazer acerca do dispositivo é haver erro flagrante na remissão legislativa, que excluiu do direito de concorrência o cônjuge sobrevivente casado com o autor da herança pelo regime da separação obrigatória de bens. O fato é que a matéria não é disciplinada no art. 1.640, parágrafo único, do Código Civil, que trata da possibilidade de os nubentes, por pacto antenupcial, optarem por quaisquer dos regimes estipulados no código: comunhão parcial, comunhão universal, separação convencional e participação final nos aquestos (inovação do Código de 2002).

A separação obrigatória de bens é estabelecida no art. 1.641 do Novo Código Civil. O erro, crasso, ocorreu em decorrência do aproveitamento indevido da redação do código anterior, no qual a separação obrigatória de bens era topologicamente situada no art. 258, em seu parágrafo único. A inovação legislativa aplicada no artigo correspondente na novel legislação não foi, no entanto, observada pelo legislador no título dedicado às Sucessões, no qual permaneceu a sistemática antiga.

Entretanto, se todas as dificuldades decorrentes do art. 1.829 viessem da indevida remissão legal, os problemas estariam resolvidos. Desafortunadamente, noutra vereda, a segunda crítica que se faz é do ponto de vista gramatical. Nessa ótica, a opção do legislador por utilizar elementos de negação, ao invés de se valer da afirmação, tem gerado, por si só, diversas possibilidades de leitura do texto. Fica a crítica de HIRONAKA:

O dispositivo legal, conforme a redação desse inc. I, traz consigo problemas de grande vulto quanto à interpretação, o que tem dado azo à doutrina e às decisões judiciais, nestes anos de vigência da lei nova, a díspares posicionamentos, situação altamente constrangedora da segurança jurídica e responsável pela diversidade de aplicação e resultados, o que não pode ser considerado, de modo algum, como circunstância que não mereça, urgentemente, de ser revista pelo legislador nacional. O primeiro grande problema certamente já decorre da escolha de estilo redacional, optando o legislador pela ordem de inversão, colocando a palavra “salvo” no texto, e abrindo, pelo viés contrário, a excepcionalidade e a exclusão de certos regimes. Melhor teria andado o legislador se houvesse optado pela ordem direta de redação, com a utilização da expressão “desde que” (no lugar de “salvo”), explicitando, com muito maior clareza, os regimes que efetivamente admitem a concorrência do cônjuge sobrevivo com os descendentes do falecido.⁵⁸

⁵⁸ *Idem.* Morrer e suceder...cit. p. 365.

Pela redação literal do dispositivo, haverá direito de concorrência ao cônjuge casado com o autor da herança por outros regimes patrimoniais que não a comunhão universal e a separação obrigatória de bens. Assim, segundo a Lei Civil, haverá direito hereditário ao cônjuge casado nos regimes da participação final nos aquestos⁵⁹ e na separação convencional, além do regime da comunhão parcial, atendidos os requisitos a serem vistos.

Na primeira hipótese, a exclusão do casado sob o regime da comunhão universal se justifica pelo fato de que, uma vez que todo o patrimônio é comum, já tocaria ao sobrevivente 50% (cinquenta por cento) de tal acervo, em razão de sua meação. Fica, portanto, evidente o caráter protetivo da norma, mas também resta patente que a intenção do legislador não é locupletar o cônjuge sobrevivente.

Noutra vereda, questiona-se a posição do Código Civil em excluir da partilha o sobrevivente que estivesse casado com o morto pelo regime da separação obrigatória, o que iria de encontro à Súmula 377 do STF. Nessa leitura, o casado pela separação obrigatória não teria nem direito à meação, nem direito à herança. Entretanto, a justificativa seria a preservação da logicidade sistemática. Nessa doutrina, não seria razoável conferir participação no patrimônio do morto quando, em vida, a lei tenha vedado tal comunhão. A esse respeito, confira-se GONÇALVES:

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

Não faria sentido, com efeito, permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial.⁶⁰

⁵⁹ Aliás, quanto ao direito hereditário do cônjuge casado pelo regime da participação final nos aquestos, o Código também não é esclarecedor, uma vez que, assim como na comunhão parcial, há a possibilidade de participação em todos os bens universalmente considerados.

⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VII direito das sucessões**. – São Paulo: Saraiva, 2007; pp. 151-152.

Apesar disso, tal interpretação poderia perpetuar situações absolutamente injustas quando, por exemplo, cônjuges que conviveram por décadas, seriam privados de qualquer assistência no momento do passamento do consorte. É o entendimento de Paulo Nader:

A segunda [hipótese] – *separação obrigatória (art. 1.641)* – é manifestamente injusta, pois, como os patrimônios eram independentes, não haverá, *in casu*, sequer a meação. De um modo geral, as condições econômicas do varão são melhores do que as do virago, em face dos maiores encargos domésticos desta, e se o óbito é do varão o seu consorte poderá ficar à míngua de qualquer recurso, salvo se constituiu patrimônio próprio, fato que não ocorre via de regra.⁶¹

A grande complexidade do texto, no entanto, se refere à interpretação a ser dispensada em relação ao regime da comunhão parcial de bens. Segundo a redação do artigo, assim ficaria o dispositivo: “A sucessão legítima se defere na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido..., no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

3.3.2 As diversas posições doutrinárias

Assim, numa interpretação *contrario sensu*, haverá direito de concorrência para o casado pela comunhão parcial de bens quando o falecido houver deixado bens particulares. Isto é, quando o acervo hereditário for composto por bens particulares, surge para o sobrevivente

61 NADER, Paulo. Op. cit. p. 143.

o direito à concorrer com os descendentes do morto⁶². Dessarte, ante a existência de bens particulares sujeitos à herança, descortinam-se, ainda, três hipóteses de aplicação do direito de concorrência.

A primeira corrente, afirmará que o direito de concorrência se dá sobre todo o acervo hereditário, ou seja, concorrendo o cônjuge na partilha de bens comuns e particulares. Nesse sentido, mister o cotejo da lição de Francisco Cahali, que justifica sua posição na intenção de não tornar o direito do cônjuge inferior ao do companheiro (regrado no art. 1.790 do CC):

Talvez a intenção do legislador tenha sido dar ao cônjuge uma participação sucessória sobre os bens nos quais não terá meação pelo regime de bens adotado no casamento.

Porém, como apresentado no texto, sem referência a esta incidência da herança apenas sobre o acervo individual, temos para nós que a regra estabelece um *critério de convocação*, se preenchidos os seus requisitos, para concorrer na universalidade do acervo. Aliás, entendimento diverso levaria a uma significativa vantagem à sucessão decorrente da união estável, pois nesta se defere ao viúvo o quinhão sobre bens já integrantes de eventual meação. E, na maioria das vezes, a parcela significativa do acervo hereditário forma-se exclusivamente na constância do casamento ou da união.

Convocado o cônjuge, terá direito a uma parcela sobre toda a herança, inclusive recaindo o seu quinhão também sobre bens nos quais eventualmente já possui meação.⁶³

Nessa mesma vereda é a escola de Arnaldo Wald, fundando-se na sistemática legislativa:

⁶² Em sentido diverso, mas em sentido oposto à corrente majoritária, Maria Berenice Dias vai afirmar que só haverá direito de concorrência se não houver bens particulares, ou seja, a existência de bens excluídos da comunhão afastaria o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes do *de cujus*, sustentando que o ponto-e-vírgula empregado no texto teria o condão de alterar-lhe o sentido [CARVALHO NETO: 2007, p. 129, nota n. 20].

⁶³ CAHALI, Francisco José. *Curso Avançado de Direito Civil...*cit. p. 213.

A melhor interpretação, a respeito da previsão contida no art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, relativamente à concorrência dos descendentes com o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial de bens, deve ser no sentido de reconhecer o direito à sucessão, quando houver bens particulares deixados pelo falecido, sobre todo o acervo hereditário – e não apenas sobre os bens particulares. Tal conclusão decorre do próprio sistema jurídico que se instaurou com o Código Civil de 2002, em que houve a supressão do usufruto viual para, no seu lugar, reconhecer a posição de herdeiro legítimo necessário concorrente com os descendentes.⁶⁴

Também é o posicionamento de Inácio de Carvalho Neto:

(...)herda o cônjuge se for casado com regime de separação total (convencional) de bens, participação final nos aquestos ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens. Frise-se que, havendo bens particulares, neste caso, o cônjuge herda sobre toda a herança, não apenas sobre estes.⁶⁵

A segunda corrente, minoritária na doutrina, mais com ressonância no Superior Tribunal de Justiça, como veremos adiante, entende que, em havendo bens particulares, surge ao cônjuge sobrevivente o direito à concorrência. No entanto, tal direito estaria restrito aos bens comuns, excetuando-se os exclusivos por que, segundo esse posicionamento, não se poderia emprestar na sucessão *causa mortis* um efeito que não foi alcançado em vida, quer dizer, se tais bens não se comunicavam na vigência da união conjugal, não poderiam comunicar-se na sucessão hereditária⁶⁶.

Entretanto, a farta maioria da doutrina tem entendido que, em havendo direito concorrencial, a mão do cônjuge sobrevivo só deve alcançar os bens particulares constantes do acervo hereditário, uma vez que, em relação aos comuns, o viúvo estaria amparado por sua meação. Nesse trilha, preciosas são as conclusões do mestre Euclides de Oliveira:

⁶⁴ WALD, Arnaldo. Op. cit. p. 99.

⁶⁵ CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. pp. 129-131.

⁶⁶ Arvorando tal bandeira, desponta o prof. Caio Mário da Silva Pereira (op. cit. p. 132).

Também aqui há de imperar a lógica do sistema. Não teria sentido atribuir ao cônjuge aquinhoadado com a meação participação na herança sobre todos os bens, pois então receberia mais do que se tivesse casado no regime da comunhão universal. Por isso o entendimento que, predominante na doutrina, beneficia o cônjuge tão somente sobre os bens particulares, exatamente como seria se casado fosse no regime da separação convencional de bens, já que, sobre esses mesmos bens, não lhe assiste o direito de meação.⁶⁷

Compondo o coro, veja-se o disposto em HIRONAKA:

Nesse caso, então, a lógica interpretativa se faz pelo seguinte viés: aqueles bens que compunham o *patrimônio comum* do casal são divididos, não em razão da sucessão, mas em razão da dissolução da sociedade conjugal, produzindo, por consequência, a separação das meações que diziam respeito a cada um dos membros do casal; em contrapartida, os *bens exclusivos do autor da herança* – relativamente aos quais o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação – serão partilhados entre ele, o sobrevivente (por força da concorrência), e os descendentes do autor da herança, em razão da sucessão *causa mortis*.

Esta é a posição doutrinária majoritária entre nós, quer dizer, a que entende emergir da intenção do próprio legislador a determinação de que a concorrência prevista, do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, recaia *apenas* sobre os bens particulares deste último.⁶⁸

Também nesse sentido, colha-se o disposto em MAIA JÚNIOR:

Ora, seria contraditória a norma ao admitir a concorrência do cônjuge em relação aos bens comuns, quando existentes bens particulares do cônjuge falecido, e também a admitisse quando estes não estivessem presentes. Ademais, se o cônjuge sucede sempre que adotado o regime da comunhão parcial de bens, não teria sentido elencar expressamente, como requisito à admissão do cônjuge na sucessão, a existência de bens particulares do cônjuge falecido.

Assim, se o faz, é porque a concorrência com os descendentes deve verificar-se tão somente em relação aos bens particulares do cônjuge falecido. Quanto aos bens comuns, dos quais o cônjuge sobrevivente já é meeiro, como afirmado, participam da sucessão exclusivamente os descendentes.⁶⁹

⁶⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Op. cit. p. 108.

⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder...*cit. pp. 367-368.

⁶⁹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. Op. cit. p. 268.

Enfim⁷⁰, vale ainda o excerto de Zeno Veloso em comentário ao Código Civil:

Se há bens particulares, a concorrência, a meu ver, só se dá quanto a esses; os outros bens são comuns, e desses o cônjuge sobrevivente já é meeiro. Quando há meação, no que pertine à concorrência com os descendentes, o Código Civil não quer que exista herança.⁷¹

Observa-se, portanto, que a doutrina tem divergido bastante em relação à matéria, posicionando-se, por vezes, de forma diametralmente oposta, sempre com bons argumentos de ambos os lados. Tal descompasso encontra ressonância também na jurisprudência nacional, seara onde o tema definitivamente não foi pacificado.

3.3.3 O posicionamento da 3ª e 4ª Turmas do STJ

A fim de plasmar a divergência, basta dizer que a Terceira e Quarta Turmas do C. STJ, responsáveis pela uniformização no âmbito do Direito Civil, firmaram entendimento absolutamente antagônico. Senão vejamos.

Entre outros julgados da 3ª Turma, vale pinçar a íntegra da ementa do acórdão proferido no julgamento do Resp. 1.117.563/SP:

⁷⁰ Também nesse rumo, corroborando a concorrência só quanto aos bens particulares, cf. ainda, GONÇALVES: 2007, MADALENO: 2004 e NEGRÃO *et alli*: 2010; entre outros.

⁷¹ VELOSO, Zeno. Op cit. p. 1.853.

Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. *De cujus* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.

- *O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do 'de cujus' que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência.*

- *A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o 'de cujus' pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controversa na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o 'de cujus' tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.*

- *Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.*

- *É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, um quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias.*

- *Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.*

- *Até o advento da Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da **comunhão universal**, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da **comunhão parcial**, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.*

- *Preserva-se o regime da **comunhão parcial de bens**, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes.*

Recurso especial improvido.

(Resp. 1.117.563/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, j. 17/12/2009)

Em seu voto lapidar, altamente instrutivo quanto aos princípios e normas do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, a i. Min. Nancy Andrighi entendeu – e com ela toda a 3ª turma – que o direito de concorrência deve se restringir aos bens comuns do casal, por ser essa a interpretação que preservaria a vontade manifestada das partes quando do início do vínculo conjugal. Como visto, esse posicionamento é absolutamente minoritário na doutrina. No entanto, numa verdadeira análise casuística, vedade pela Súmula n. 7/STJ, a relatora revolveu os fatos para aplicar a norma da forma que lhe pareceu mais equânime.

Noutra quadra, adotando posicionamento bastante diverso, em julgado mais recente, a 4ª Turma, julgando Recurso Especial interposto contra acórdão do TJDFT que reconheceu direito sucessória sobre todo o patrimônio – bens comuns e particulares –, assim decidiu:

CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO.

1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil.

2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaura-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp. 974.241/DF, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – Des. Convocado do TJ/AP, QUARTA TURMA, j. 07/06/2011)

No também precioso julgamento, enriquecido pelos votos lapidares de seus magistrados, a 4ª Turma entendeu, divergindo da 3ª Turma e do TJDFT, mas em consonância com a doutrina majoritária, que o direito de concorrência do cônjuge supérstite, casado pelo regime da comunhão parcial, deve se limitar aos bens particulares do autor da herança, porquanto em relação aos bens comuns, já estaria devidamente amparado por sua meção, posição que nos parece ser a mais acertada, ante o princípio do não-desamparo dos sucessores.

Por todo o exposto, vê-se que a questão da sucessão do cônjuge no Novo Código Civil está longe de ser uniformizada, a única certeza que permanece, contudo, é a de que são necessárias alterações e avanços legislativos. A profunda e profícua divergência nos mais variados setores de operacionalização do Direito, em que pese contribuir para a produção científica nacional, tem causado preocupante insegurança jurídica.

Nada obstante, o certo é que, ao longo da história jurídica brasileira, houve muitos avanços, em especial no sentido de se preservar a dignidade da pessoa humana e de se promover, de forma mais efetiva, à equalização de direitos e deveres, evoluindo bastante na busca dos pilares do Estado democrático de Direito: a liberdade, a igualdade e dignidade da pessoa humana e, mormente no âmbito das relações familiares, a fraternidade entre seus membros.

A questão, por certo, não se encerra aqui, no entanto, de todo o exposto, o que resta é que o Estado-juiz deve, na aplicação do Direito observar sempre esses princípios fundamentais, zelando, em especial no momento mais funesto das relações humanas, a morte, para que não haja desigualdades, tendo sempre em mente, ainda, as evoluções sociais e a reformulação dos paradigmas balizadores do conceito de família, assim como dos informadores das demais relações humanas, economicamente relevantes ou não, que, em maior ou menor grau influenciam a vida de todos os membros da sociedade.

CONCLUSÃO

As relações humanas, cada vez mais complexas e efêmeras, transcendem as raias da vida, espalhando seus efeitos para além dela. Há quem diga que a morte é o fim de tudo. Talvez para aqueles que vão, pois para os que ficam, ela é, sempre, a inauguração de algo novo. Ela é o estopim de outras tantas relações, o fim de um ciclo e o início de um novo.

Por mais que permaneça ainda um certo constrangimento acerca desse fenômeno natural, o fato é que as diferentes culturas, em diferentes tempos, manifestaram formas diferentes de se posicionar em relação à morte, entendendo-a com maior ou menor projeção sobre a vida, segundo diria Oscar Wilde: “...A Morte é o fim da vida, e toda a gente teme isso, só a Morte é temida pela Vida, e as duas refletem-se em cada uma...”.

A pergunta fundamental que sempre ocorre é: “o que vem depois?”; a resposta encontra diversas definições nos mais variados campos da atividade humana, seja filosófico, religioso, sociológico ou jurídico.

Do ponto de vista do Direito, a sucessão ganha contornos mais bem delimitados quando se pensa acerca dos reflexos das relações humanas, em especial do ponto de vista patrimonial. Como visto no início deste excerto, nas culturas antigas, o fenômeno da sucessão importava, entretanto, na transferência de um *status* jurídico, não apenas do patrimônio.

Entretanto, hodiernamente, as relações pessoais, em especial as familiares, tem se tornado bastante volúveis, sendo que os membros da família mais e mais são considerados individualmente em direitos e deveres. Tal pensamento, inspirado, sem dúvida, no Iluminismo da Modernidade, estende seus braços também ao instituto do casamento.

Dessarte, o Direito precisou evoluir, modificar-se, para fazer frente a tais mudanças de paradigma. Os valores mudaram e continuarão a mudar. No entanto, alguns

princípios fundamentais devem ser preservados, sob pena de perder-se a própria identidade de humanidade.

Entre esses valores fundamentais, a isonomia é o frágil cristal da coleção de bens do Estado Democrático de Direito que deve, a todo custo, ser preservado, buscando ações afirmativas no sentido de que o instituto não seja esvaziado, caindo no vazio da letra morta.

Nessa esteira, a tão sonhada igualdade entre homens e mulheres, entre todos, consagrada na Constituição de 1988 deve servir de base inafastável aos operadores do Direito, também no que tange ao Direito Sucessório.

Com essa perspectiva, a ampliação dos direitos sucessórios ocorrida com a novel legislação é não só louvável, mas fundamental à manutenção de uma sociedade plural e igualitária que deve, entretanto, esforçar-se na preservação da família.

Ao longo desse trabalho, intentou-se demonstrar esse processo evolutivo do direito sucessório, partindo-se de uma perspectiva histórico-sociológica, em especial no que diz respeito à situação das pessoas casadas, mormente do papel da mulher.

Assim, de Roma, onde sequer havia direito sucessório definido, até o Brasil da década atual, em que se observa uma “hipertrofia” dos direitos sucessórios do cônjuge, buscou-se extrair das diversas normas aplicáveis ao tema a intenção do legislador e os desvios lógicos perpetrados no percurso.

Símbolo maior dessa radical mudança de “status” sucessório do cônjuge é o art. 1.829 do Código Civil de 2002, em que se rompeu de vez com a tradição histórica de legar ao cônjuge supérstite posição sucessória pior, muitas vezes, que a conferida a pessoas estranhas ao núcleo familiar.

Nesse afã, instituiu o legislador o direito de concorrência ao cônjuge sobrevivente, trazendo-o, a bem da verdade, à 1ª classe na ordem de vocação hereditária, conferindo-lhe privilégio legal dantes inimaginável e superior, inclusive, ao garantido aos demais herdeiros.

No entanto, as disposições legais esculpidas para o regramento da matéria, seja por deficiente técnica legislativa, seja pela repercussão dos institutos na sistemática jurídica,

devem ser cuidadosamente analisadas e interpretadas, a fim de se não malferir justamente os princípios sobre os quais se fundou.

Com isso em mente, buscou-se analisar o inciso I do indigitado artigo 1.829 da forma mais plural quanto possível, sempre com vistas, no entanto, aos princípios da igualdade entre os herdeiros e à nova reformulação do conceito de família

Por todo o exposto, fica evidenciado que a intenção do Direito, seja pela pena do legislador, seja pela do magistrado, tem sido sempre no sentido de não desamparar os membros da família do autor da herança, ou seja, a ideia uniforme é a de que o patrimônio deixado pelo falecido, quando de seu passamento, deverá ser legado àqueles da sua família propriamente dita, não bastando, contudo, a simples transferência a eles, mas sendo imperioso impedir que tais pessoas fiquem à míngua, resguardá-los de que a morte do ente querido represente, de fato, um fim, inclusive na condição econômico-social antes existente.

Consustancia-se assim verdadeiro princípio jurídico pelo não-desamparo, no qual fica definido que o intérprete do Direito das Sucessões, na realização da partilha da herança, deve pautar-se no fundamento de não desamparar quaisquer membros da família do morto.

Nesse prisma, a única leitura possível para o art. 1.829, inciso I, do Código Civil, se quisermos preservar a lógica histórica, sistemática e principiológica do Direito das Sucessões, é a de que o direito de concorrência deve existir onde não houver direito de meação, já garantido pelo regime patrimonial. Aliás, esse sempre foi o entendimento aplicável à comunhão universal de bens, que, de certa forma, deve servir de teto para o direito sucessório do cônjuge.

Dessarte, filiamo-nos à corrente defendida pela 4ª Turma do STJ, arvorada também pela maioria da doutrina, no sentido de que, em havendo bens particulares, o cônjuge casado com o autor da herança pelo regime da comunhão parcial de bens deve concorrer, seja com descendentes, seja com ascendentes, tão somente nos bens particulares, uma vez que, em relação aos bens comuns, em virtude de sua meação, já lhe estaria assegurado metade do patrimônio.

Entender de outra forma, pensando, a exemplo do defendido na 3ª Turma do STJ, que a concorrência deve incidir sobre os bens comuns, ou, noutra vertente, que deva incidir sobre todo o patrimônio, seria conferir ao cônjuge posição desproporcionalmente privilegiada em relação aos demais herdeiros. Dessa forma, o dispositivo criado para não desamparar, acabaria por fazer isso com os demais sucessores, historicamente reconhecidos, possibilitando que ficassem à míngua.

Ademais, analisando a situação frágil das relações matrimoniais nos tempos modernos, parece ainda mais desarrazoado conferir direito sucessório tão extenso a vínculos cada vez mais temporários, sendo que, hodiernamente, a proteção financeira destinada à mulher, ainda que necessária, é menos imprescindível, uma vez que a independência econômica e jurídica da mulher é cada vez mais uma realidade, fruto, inclusive, da isonomia de direitos e deveres alcançada na Carta Magna.

Aqui vale, ainda, a preciosa lição do mestre lusitano José de Oliveira Ascensão, que enxerga, inclusive, verdadeiro paradoxo:

Este grande reforço da posição sucessória do cônjuge surge paradoxalmente ao mesmo tempo que se torna o vínculo conjugal cada vez mais facilmente dissolúvel. A posição de cônjuge é concebida como uma posição infinitamente mutável. Aquele porém a quem calhe ocupar a posição de cônjuge, na altura da morte, esse é que vai ter uma muito privilegiada potecção sucessória. Por outras palavras, a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele estar dissolvido. A lei tende a conceber o casamento como um instituto *mortis causa*.⁷²

Assim, deve ser visto com parcimônia essa inflação de direitos sucessórios a vínculos temporários em detrimento daquelas relações naturalmente estabelecidas e, portanto, mais perenes.

Entendemos, portanto, que, segundo a máxima: “onde o cônjuge meia, aí não herda, e onde herda, aí não meia”; na busca da isonomia e do não-desamparo, o direito

⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 353.

concorrencial deve se restringir aos bens particulares porventura existentes, admitindo, inclusive, a possibilidade de incomunicabilidade de determinados bens, por motivos juridicamente fundados.

No entanto, é fato que mesmo assim, ante a diversidade de possibilidades fáticas da vida real, injustiças podem ser perpetradas com essa interpretação. Por essa razão, fundamental é estarem bem estabelecidos os princípios fundamentais do Direito das Sucessões, em especial a dignidade da pessoa e a isonomia entre os herdeiros.

Dessarte, o princípio do não-desamparo, corolário do direito fundamental à isonomia e da justiça em si, deve ser o trilho sobre o qual caminha o operador do Direito, visando a conjugação desses muitos valores que devem necessariamente estar presentes na partilha dos bens deixados à herança.

Aqui, preciosa nos é a filosofia do saudoso Miguel Reale, entendendo ser essa conjugação de valores condição *sine qua non* à efetivação da justiça, fim último do Direito, que, apesar de longa, expressa bem o que fora intentado nesse projeto:

Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranquilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõe outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da *ordem* e da *segurança*, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio.

A nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a *condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham. Não é uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas é antes uma intenção radical vinculada às raízes do ser do homem, o único ente que, de maneira originária, é enquanto *deve ser*. Ela é, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, *sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida*.

A dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido da composição harmônica dos valores, sendo esta concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos.

Cada época histórica tem a sua imagem ou a sua ideia de justiça, depende da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo.

(...)

A justiça, em suma, somente pode ser compreendida plenamente como *concreta experiência histórica*, isto é, como valor fundante do Direito ao longo do processo dialógico da história.

Em virtude dessa conexão essencial entre história e justiça, pode-se dizer, sem pretensão de ter-se alcançado uma ideia definitiva de justiça, que esta implica “constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade”⁷³

Com isso à destra, o princípio do não-desamparo deve ser justamente instrumento dessa dialética de valores historicamente considerados, na busca efetiva da Justiça, deve-se, portanto, ter em mente que a partilha deve refletir efetivamente a justiça distributiva, não se permitindo que qualquer dos atores envolvidos sejam injustiçados pelo manejo da justiça.

Entrementes, para que o princípio seja efetivo, não só na partilha da herança, mas também em todo o Direito de Família e das Sucessões, deve-se desagrilhoar o juiz – especialmente o de primeira instância – na apreciação do caso concreto. Nessa perspectiva, deveria ser estendido ao Juízo familiar e sucessório, por via de regra, o princípio insculpido no art. 1.109 do Código de Processo Civil, pelo qual, o juiz não é “obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna”.

Enfim, o direito sucessório deve dialogar com esses princípios, especialmente no que diz respeito ao direito de concorrência que, como se intentou demonstrar ao longo de todo esse ensaio, não deve ser entendido como arma mesquinha de locupletamento egoísta, mas antes como instrumento de efetivação da justiça real e da preservação da entidade familiar, “base do Estado” e merecedora da proteção de todos.

⁷³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26ª ed. rev. São Paulo: 2002; pp. 377,379.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Sucessões**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes A. **Código Civil Comentado**. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil, vol. 6: Direito das Sucessões**. 32ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1998.

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil, vol. 6: Direito das Sucessões**. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Prof. Rubens Limongi França, vol. 1).

DIAS, Maria Berenice. **Adultério, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Artigo extraído da internet, no sítio: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_adult%20rio, bigamia e uni%3o est%21vel - realidade e responsabilidade.pdf, em 24/09/12

DELGADO, Mário Luiz *et* ALVES, Jones Figueirêdo, coord. MALUF, Adriana C.R.F. Dabus *et* alli. **Novo Código Civil: Questões controvertidas**. – São Paulo: 2004 (Série Grandes Questões de Direito Privado – vol. 1)

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. 3ª ed. Brasília: Ministério da Justiça: Fundação Universidade de Brasília, 1816–1883.

_____. Consolidação das Leis Civis. Consultado da “web” em maio 2012: <http://ia700505.us.archive.org/1/items/ConsolidaoDasLeisCivis/CLC.pdf>.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. I: Parte Geral** – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro, vol. VII: Direito das Sucessões.** – São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: Passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Código Civil: Comentários Didáticos (Direito das Sucessões).** atual. por BARROS LEVENHAGEN, Carlos Augusto de. 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 1993

MADALENO, Rolf. **Direito de Família em pauta.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável. 2ª ed. rev. atual. e amp.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, vol. 6: Direito das Sucessões. 2ª ed.** – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A. col. FONSECA, João Francisco Naves da. **Código Civil e Legislação Civil em vigor – 29ª ed. atual. e reform.** – São Paulo: Saraiva, 2010.

Novo Código Civil: Exposição de Motivos e Texto Sancionado. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

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

OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano.** Canoas: Ed. Ulbra, 1998.

Ordenações Afonsinas: Livro IV. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

Ordenações Filipinas, Título XCI do Livro IV, 2012. Extraído da “internet”, em maio 2012. <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p947.htm>.

Ordenações Filipinas, Título XCIV do Livro IV, 2012. Extraído da “internet”, em maio 2012. <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14p947.htm>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol. VI: Direito das Sucessões.** 17ª ed. rev. atual. por MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. – Rio de Janeiro: 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 26ª ed. rev. São Paulo: 2002.

TELLES, José Homem Corrêa. **Digesto Portuguez, Tomo 2.** 14ª ed. reform. – Lisboa: Livraria Clássica, 1909.

VALADÃO, Haroldo. **História do Direito, especialmente do Direito Brasileiro: Parte II - Direito Brasileiro Imperial e Republicano.** – Brasília: UnB, distribuído por Livraria Freitas Bastos S.A. - Rio de Janeiro, 1973.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado.** Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro.** – São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil, vol. 6: Direito das Sucessões. 14^a ed. reform.** São Paulo: Saraiva, 2009.