

**FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO
FADISP**

PROGRAMA DE MESTRADO EM FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE:
FUNCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA**

Patrícia Lacerda Franco Camargo

São Paulo
2008

**FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO
FADISP**

PROGRAMA DE MESTRADO EM FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

**DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE:
FUNCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA**

Patrícia Lacerda Franco Camargo

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Função Social do Direito, sob a orientação do Prof. Francisco José Cahali.

São Paulo
2008

DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE: FUNCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

Dissertação de Mestrado aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Função Social do Direito.

Francisco José Cahali

Banca 1

Banca 2

São Paulo, 03 de Novembro de 2008.

*Ao Maurício Ferreira pelo amor, carinho
e constante incentivo.*

AGRADECIMENTOS

Para a realização deste trabalho obtive a colaboração de algumas pessoas que foram indispensáveis, pela qual deixo registrado o meu agradecimento.

Primeiramente, agradeço a Deus que me concedeu força e sabedoria que me permitiram a realização deste trabalho.

Ao Professor Francisco José Cahali, em razão da contribuição concedida a este trabalho, auxílio e sugestões e que me conduziu a busca de novos conhecimentos.

Aos professores que dispensaram seu precioso tempo para julgar esta dissertação.

Ao meu pai Walter Franco Camargo, que me introduziu no mundo do direito e sem ele nada teria acontecido.

A minha mãe Célia Aparecida Lacerda Camargo pelo apoio, auxílio e colaboração.

RESUMO

Inova, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.829, I ao tratar no direito das sucessões sobre a concorrência do cônjuge sobrevivente com os seus descendentes. Trata-se de um tema polêmico, com grandes divergências doutrinárias e jurisprudências, sendo necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema.

O objetivo do trabalho é analisar a intenção do legislador em prestigiar o cônjuge sobrevivente com direitos sucessórios tendo como fundamento a valorização da pessoa humana e a função social que a família exerce na sociedade contemporânea.

Para tanto, destacamos a importância de desenvolver no primeiro capítulo um estudo sobre hermenêutica e interpretação das normas jurídicas considerando a mudança do método de interpretar com o Código Civil de 2002, não mais positivista, mas fundado em princípios jurídicos.

Diante disso, analisamos o direito de família através dos princípios constitucionais atinentes à proteção da família e suas relações familiares (art. 226 da CF), ressaltando também a importância da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) como diretriz de todo ordenamento jurídico.

Para dar suporte ao desenvolvimento dos capítulos seguintes discorreremos sobre o regime de bens e suas modalidades nessa primeira parte. Em seguida descrevemos sobre as considerações gerais da sucessão, ressaltando a importância da discussão sobre meação e herança, bem como realizando desde já uma breve introdução da posição do cônjuge e a ordem de vocação hereditária.

Em seguida, tratamos do tema principal do trabalho, qual seja a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes do falecido. Primeiramente, identificou-se os *critérios legais genéricos* (art. 1.829, I) referente a titularidade do direito sucessório do cônjuge em participar da herança e posteriormente *os legais específicos* (art.1.830) referente a observância do regime de bens. Neste contexto, também é discutido acerca se o cônjuge sucede sobre toda a herança ou apenas sobre um parte dos bens do falecido, ou seja, sobre os bens particulares.

Como senão bastasse a dificuldade hermenêutica das condições para a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente, no último capítulo apresentamos as diversas correntes doutrinárias para calcular o quinhão hereditário do cônjuge sobrevivente (art. 1.832), conforme a origem dos descendentes.

Palavras-Chave: Sucessão; Direito de Família; Regime de Bens.

ABSTRACT

The Civil Code of 2002 innovates in its art. 1.829, I, treats the law of succession on competition of the surviving spouse with their descendants. This is a controversial topic, with major doctrinal differences and jurisprudence, but need further study on the subject.

The objective is to understand the intent of the legislature in honored the surviving spouse with inheritance taking as a basis for recovery of the human person and social role that carries the family in contemporary society.

For this, we feature the importance of developing the first chapter a study of hermeneutics and interpretation of legal norms considering the change in the method of interpreting the Civil Code of 2002, no more positivist, but based on legal principles.

Thus, we analyzed the right to family through the constitutional principles relating to the protection of the family and their family relationships (section 226 of Federal Constitution), emphasizing the importance of human dignity (Article 1, III, Federal Constitution) as a guideline for entire legal system.

To support the development of the following chapters discourse the regime of goods and its modalities in the first part. Then describe the general considerations of succession, emphasizing the importance of the discussion on appointment and inheritance, and now doing a brief introduction to the position of the spouse and the order of inheritance.

Then we treat of the main theme of work, which is the succession of spouse in competition with the descendants of the deceased. First, identify the generic legal criterions (section 1.829,R) regarding the ownership right of inheritance of a spouse to participate in the inheritance and then the specific legal criterions (art.1.830) for the observance of the property. In this context, is also discussed about the spouse is happening all over the inheritance or only on a part of property of the deceased, that is, on private property.

How else enough to hermeneutics difficulty of the conditions for the competition portion of the surviving spouse, in the last chapter presents the various doctrinal currents to calculate the share of hereditary surviving spouse (section 1832) as the origin of the children.

Keywords: Succession; Right to Family; Scheme assets.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 09 |
| 1 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO | 11 |
| 1.1 Interpretação da Norma Jurídica | 11 |
| 1.2 Técnicas de Interpretação Jurídica | 12 |
| 1.3 A Integração das Normas Jurídicas | 14 |
| 1.4 O Código Civil de 1916 e o Antigo Modelo de Interpretação..... | 16 |
| 1.5 O Código Civil Brasileiro de 2002 e o Novo Modelo de Interpretação Jurídica | 17 |
| 1.6 A Princípios e as Cláusulas Gerais | 18 |
| 1.7 Função Social no Direito de Família e Sucessões | 19 |
| 1.8 Interpretação Segundo a Jurisprudência..... | 20 |
| 2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA E AS SUAS RELAÇÕES (artigo 226, da CF)..... | 22 |
| 2.1 Princípios Constitucionais de Proteção à Família e as Relações Familiares..... | 22 |
| 2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana – função social da família..... | 27 |
| 2.1.2 Reconhecimento da união estável, elevando-se a categoria de entidade familiar ao lado do casamento | 29 |
| 2.1.3 Reconhecimento da família monoparental também como entidade familiar, ao lado do casamento e da união estável | 33 |
| 2.1.4 Igualdade entre os cônjuges..... | 34 |
| 2.1.5 Isonomia do tratamento jurídico dos filhos..... | 36 |
| 3 REGIME DE BENS | 38 |
| 3.1 Delimitação Conceitual..... | 38 |
| 3.2 Princípios Norteadores..... | 39 |
| 3.3 Modalidades..... | 42 |
| 3.3.1 Regime da comunhão universal ou total de bens..... | 42 |
| 3.3.2 Regime da comunhão parcial | 44 |
| 3.3.3 Regime de participação final nos aquestos..... | 45 |
| 3.3.4 Regime da separação total de bens | 47 |
| 4 SUCESSÃO CONSIDERAÇÕES GERAIS..... | 51 |
| 4.1 Evolução Histórica | 51 |
| 4.2 Conceito | 55 |
| 4.3 Espécies de Sucessão..... | 56 |
| 4.4 Abertura da Sucessão e a Transmissão da Herança | 58 |
| 4.5 Legitimação Sucessória | 60 |
| 4.6 Meação e Herança: uma Distinção Necessária à Compreensão do Tema | 62 |
| 4.7 O cônjuge e a Ordem de Vocação Hereditária..... | 64 |

| | |
|--|------------|
| 5 SUCESSÃO DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES | 67 |
| 5.1 Requisitos Legais para o Cônjuge ser Herdeiro | 67 |
| 5.1.1 Critérios legais <i>genéricos</i> | 68 |
| 5.1.2 Critérios legais específicos..... | 73 |
| 5.1.2.1 Cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens..... | 74 |
| 5.1.2.2 Regime da Comunhão Parcial de bens, sem bens particulares do falecido | 75 |
| 5.1.2.3 Regime da Comunhão Parcial de bens, com bens particulares do falecido | 76 |
| 5.1.2.4 Cônjuge casado sob o regime da participação final dos aquestos... | 79 |
| 5.2 Cônjuge Casado Sob o Regime da Separação de Bens: Obrigatória e Convencional..... | 80 |
| 5.2.1 Regime da separação obrigatória de bens | 80 |
| 5.2.2 Regime da separação convencional de bens | 82 |
| 5.3 Cônjuge Casado Sob o Regime da Comunhão Universal de Bens | 84 |
| 5.4 Delimitação da Incidência da Herança na Concorrência com os Descendentes | 85 |
| | |
| 6 CÁLCULO DO QUINHÃO HEREDITÁRIO | 88 |
| 6.1 Cálculo do Quinhão do Cônjuge, Conforme a Origem dos Descendentes..... | 88 |
| 6.1.1 Concorrência com descendentes comuns | 89 |
| 6.1.2 Concorrência com descendentes exclusivos do morto | 89 |
| 6.1.3 Concorrência com descendentes híbridos..... | 90 |
| | |
| CONCLUSÃO | 95 |
| | |
| REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA | 98 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA..... | 104 |

INTRODUÇÃO

A proposta de trabalho tem por finalidade analisar a nova situação do cônjuge frente ao vigente Código Civil, no que diz respeito aos seus direitos sucessórios em concorrência com os descendentes.

Várias modificações foram realizadas nas relações familiares e sucessórias com o Código Civil de 2002. Como tudo que é novo, gerou resistências e despertou desconfiança. Alguns avanços foram significativos ao corrigir equívocos e incorporar orientações pacificadas pela doutrina e jurisprudência.

No entanto, as mais significativas alterações ocorreram no âmbito do direito sucessório, relacionados com a situação do cônjuge sobrevivente, que foi guinado a posição de herdeiro, sendo assegurado o direito de concorrer com os descendentes na ordem de sucessão hereditária, a depender do regime de bens do casal, bem como, sendo reservadas quotas mínimas na citada concorrência.

A exceção a essa regra são as pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou separação obrigatória de bens, ou ainda no caso da comunhão parcial, se o falecido não deixou bens particulares.

Cumprе ressaltar que alguns temas são polêmicos, tal como a inclusão ou não da meação do de cujus no acervo hereditário do cônjuge sobrevivente e casado sob o regime da comunhão parcial de bens, extensivo ao regime da participação final nos aquestos; o cálculo da legítima e a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança em concorrência com os filhos comuns, e a omissão diante de filhos exclusivos do falecido ou filhos comuns e exclusivos; a rediscussão ou discussão da culpa do cônjuge sobrevivente como requisito para o direito sucessório; se a simples separação de fato pode gerar efeitos, quanto ao rompimento do vínculo do casamento ou dissolução da sociedade conjugal, nesse caso sucessório.

Assim, a falta de técnica legislativa trouxe, mais uma vez, ao estudioso do direito, a difícil tarefa de interpretar a norma, deixando novamente para a jurisprudência a árdua missão de preencher as lacunas, bem como paulatinamente

solidificar a interpretação mais correta, impedindo a multiplicação de dúvidas e a insegurança jurídica que o texto legal vigente traz.

1 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO

1.1 Interpretação da Norma Jurídica

O direito positivo trata de disciplinar o comportamento humano no âmbito de suas relações intersubjetivas, podendo ser definida como um complexo de normas válidas de um dado país, postas em linguagem prescritiva dentro de uma lógica deôntica.

Dentro da complexidade da vida social, o direito é constantemente e cada vez mais realizado pelas pessoas nos atos de sua existência diária, prevenindo ou solucionando conflitos, em busca de organização e harmonização do convívio social.

O advogado, o juiz, o promotor, o defensor, todos em busca da realização do direito buscam determinar a norma jurídica para o caso concreto solucionando a controvérsia.

Assim, a interpretação das normas pelo aplicador do direito é constante e fundamental nos dias atuais, devido a dinamicidade do direito aliada a má redação, a ausência de termos técnicos, ambigüidade dos textos jurídicos elaborados pelo legislador.

Interpretar, em seu conceito fundamental, não é senão conhecer, saber, em essência, exatamente a consistência da própria norma, o que ela quer dizer; afirmar o seu significado, as suas finalidades e, associadas a estas, as razões do seu aparecimento e as causas de sua elaboração¹.

A hermenêutica jurídica, por sua vez, é a ciência que tem por objeto o estudo sistemático das técnicas de interpretação e colmatação da norma².

¹ COELHO, Fernando L. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 182.

² A palavra “hermenêutica”, segundo os doutos, derivaria da Mitologia Grega, de “Hermes”, mensageiro da palavra dos deuses.

As funções da interpretação acrescenta Maria Helena Diniz³ são: a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; b) estender o sentido da norma as relações novas, inéditas ao tempo da sua criação; e c) temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir.

O estudo preliminar da hermenêutica jurídica, no presente trabalho se faz necessário para melhor interpretação do art. 1.829, I do Código Civil, devido a sua complexa e confusa redação.

1.2 Técnicas de Interpretação Jurídica

Várias técnicas auxiliam o aplicador do direito, na sua difícil tarefa de interpretar, sendo os métodos mais conhecidos segundo a classificação de Maria Helena Diniz:

- a) Literal: interpretação com o exame de cada termo utilizado na norma, isolada ou sintaticamente de acordo com as regras gramaticais⁴, verificando a pontuação, a origem etimológica, a colocação das palavras.
- b) Lógica: interpretação com utilização de raciocínios lógicos (dedutivos ou indutivos) para a análise metódica em toda a sua extensão, descobrindo seu sentido e alcance.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65-66. Conforme os ensinamentos da autora: pela gramatical, que se funda em regras da lingüística, examina o aplicador cada termo do texto normativo, isolada ou sintaticamente, atendendo à pontuação, colocação de vocábulos, origem etimológica etc. Tem sempre em vista as seguintes regras: 1) as palavras podem ter uma significação comum e uma técnica, caso em que se deve dar preferência ao significado técnico; 2) deve-se considerar a colocação da norma, como p. ex., uma disposição incluída no capítulo sobre curatela está indicando, que se destina a regular essa forma de incapacidade; 3) havendo antinomia entre o sentido gramatical e o lógico, este deve prevalecer; 4) o sentido da palavra deve ser tomado em conexão com o da lei; 5) o termo deve ser interpretado em conexão com os demais; e 6) havendo palavras com sentido diverso, cumpre ao interprete fixar-lhes o verdadeiro.

- c) Sistemático: interpretação com análise da norma a partir do ordenamento jurídico que faz parte, relacionando-a com todas as outras com o mesmo objeto, direta ou indiretamente.
- d) Histórica: interpretação da norma a partir da circunstância que presidiram à sua elaboração, de ordem econômica, política e social, verificando as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe antecederam, bem como o próprio processo legislativo correspondente.
- e) Finalístico ou teleológico: análise da finalidade social da lei, isto é, dos interesses predominantes ou os valores (justiça, segurança, o bem comum, a liberdade, igualdade) adaptando-se às novas exigências sociais⁵, prevista pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”

Além dessas classificações, admitem-se outras, quais sejam:

- a) quanto à origem: *doutrinária* (realizada pelo cientistas do direito), *jurisprudencial ou judicial* (realizada pelos juízes e tribunais) e *autêntica* (realizada pelo próprio legislador).
- b) quanto aos resultados: *declarativa* (apenas declara o exato alcance da norma), *extensiva* (estende o alcance eficaz da norma completando-a, “que disse menos do que deveria”), *restritiva* (restringe o alcance eficaz da norma, “que disse mais do que deveria”) e *ab-rogante* (reconhece que o preceito interpretado é inaplicável).

É de se observar que as técnicas interpretativas se completam uma com a outra, não se operando isoladamente e nem se excluindo reciprocamente, sendo, portanto um conjunto de instrumentos teóricos à disposição do aplicador do direito para o alcance da interpretação em conformidade com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66. A autora acrescenta ainda que: “Os fins sociais são do direito; logo, é preciso encontrar no preceito normativo o seu *telos* (fim). O bem comum postula uma exigência, que se faz à própria sociabilidade; portanto, não é um fim do direito, mas da vida social”.

1.3 A Integração das Normas Jurídicas

Como já dito em linhas anteriores o direito é uma realidade dinâmica trazendo diariamente novos fatos e conflitos fazendo que os legisladores passem a elaborar novas leis e os juízes e tribunais novas decisões.

Entretanto, quando o interprete não encontra no sistema jurídico a norma aplicável ao caso concreto, verifica-se uma lacuna⁶, ou seja, um vazio com a ausência de uma previsão específica.

Sobre este assunto existem duas correntes doutrinárias: a que afirma existência de lacunas em todos os sistemas jurídicos, pois seria impossível prever todas as situações de fato em decorrência da dinamicidade do direito; e a que afirma a inexistência de tais vazios, em decorrência da plenitude do ordenamento jurídico.

Assim, uma vez verificada a existência de lacunas jurídicas, surge o a necessidade de seu preenchimento.

A integração consiste no processo de técnica jurídica com o qual se preenchem lacuna com a aplicação dos arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e 126 do Código de Processo Civil, ou seja, a analogia, costume e princípios gerais de direito, conhecidos como métodos de integração.

Para integrar a lacuna, o juiz utiliza, inicialmente o recurso da analogia que no dizer de Washington de Barros Monteiro⁷, consiste em aplicar a hipótese não prevista especialmente na lei disposição relativa a um caso semelhante.

O seu fundamento jurídico e filosófico é o principio da igualdade de tratamento, segundo o qual fatos de igual natureza devem julgar-se de igual

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 69. A autora explica que: na Tridimensionalidade Jurídica de Miguel Reale encontramos a noção de que tal sistema se compõe de três subsistemas isomórficos: o das normas, o de fatos e os de valores. Logo os elementos do sistema estão vinculados entre si por uma relação, sendo interdependentes. De forma que quando houver uma incongruência ou alteração entre eles temo a lacuna e a quebra da isomorfia.

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 06, p. 41.

maneira, e se um desses fatos já tem no sistema jurídico a sua regra, é essa que se aplica, “*Ubi eadem este legis ratio, ibi eadem legis dispositio*”⁸.

O costume é outra forma de integração das normas. Entre os doutrinadores existe um consenso quanto ao fato de que após a utilização da analogia para a integração da norma jurídica, tendo restado infrutífera, passar-se-á recorrer aos costumes como meio de integração.

Pode-se dizer que o costume é a prática reiterada e uniforme de um comportamento (elemento material) que gera convicção de sua obrigatoriedade, a “*opinio júris et necessitatis*” (elemento psicológico). Difere da lei no fato de que esta nasce de um processo legislativo tendo origem certa e determinada, enquanto o costume tem origem incerta e imprevista.

Da leitura do art. 4º da LICC verifica-se que os princípios gerais de direito serão aplicados em último caso quando a lei for omissa ou deficiente e o juiz verificar a inoperância da analogia e do costume, porque não serviram de base para decisão.

Por serem aplicados em último caso os princípios gerais, vários autores defendem a revogação tácita⁹, ou até mesmo a inaplicabilidade do art. 4º da LICC e do art. 126 do CPC, em obediência aos princípios constitucionais.

Quanto a definição dos princípios gerais de direito os autores divergem. Washington de Barros Monteiro¹⁰, sobre o significado dos princípios gerais de direito, em sua obra reúne seis definições utilizados pelos juristas: a) como direito comum; b) direito romano; c) direito natural; d) constantes do ensinamento da jurisprudência; e) ordenamento jurídico do Estado; f) como equidade.

⁸ Quando se verifica a mesma razão da lei, deve haver a mesma disposição legal.

⁹ VELOSO, Zeno. **Comentários a lei de introdução ao código civil**. 2. ed. Belém: Unama, 2006. p. 102. O autor adverte que: “os princípios gerais – e muitos deles já foram incorporados à Carta Magna, sendo dotados, portanto, de estatura máxima no ordenamento – não se prestam, somente, para colmatar lacunas, preencher vazios; não vão ser aplicados subsidiariamente, apenas, assumindo o pálido papel de fontes secundárias. Mas, em qualquer caso, devem ser seguidos, orientar a atuação do magistrado em todas as fases da formação de sua convicção de seu juízo deliberativo, indicando-lhe o rumo, a direção até chegar à sentença. Mesmo que, a ação diga respeito a uma situação expressamente prevista na lei, o que vai aplicar o direito precisa buscar inspiração e observar os princípios gerais de direito – notadamente os valores e normas constitucionais -, para bem e melhor fazer justiça sem deslembrar o pressuposto ético, o conteúdo moral das regras.”

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.43.

Nelson Nery Junior¹¹ em comentário ao art. 4º da LICC explica que:

Os princípios gerais do direito são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou do negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas (LICC, art. 4º; CPC 126) (...) Quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do país (Constituição Federal, leis etc.) deixa de ser princípio geral e passa a caracterizar clausula geral.

Já Francisco Amaral assevera que “os princípios jurídicos podem distinguir-se em princípios positivos e suprapositivos. Os primeiros compreendem os fundamentais e os princípios institucionais que fundamentam os diversos institutos jurídicos”. Enfatiza que os suprapositivos são os princípios gerais de direito, ou seja, os grandes princípios, como o da justiça, o da segurança, o da liberdade, igualdade, o da dignidade da pessoa humana, “aquele sobre os quais a ordem jurídica se constrói¹²”.

1.4 O Código Civil de 1916 e o Antigo Modelo de Interpretação

A interpretação jurídica está ligada ao contexto político, histórico e cultural em que o direito se desenvolve.

A idade moderna tem importância para o estudo do direito civil, pois o Estado absoluto substitui-se pelo Estado liberal, oriundo do liberalismo econômico, denominado também de Estado de Direito.

Sendo assim, o contexto ideológico da codificação do Código Civil de 1916, iniciado por Teixeira de Freitas e terminado por Clovis Beviláqua é marcado pela influência do Estado liberal ou Estado de Direito, na qual era caracterizado pela crença no a) império da lei, de acordo com a hierarquia das normas; b) divisão dos

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 145

¹² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed., rev., atual. e aume. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 55-56.

poderes em legislativo, judiciário e executivo correspondendo aos três processos jurídicos: formação, aplicação e execução das leis; c) generalidade e abstração das regras jurídicas; d) distinção entre direito público e privado; e) crença na completude e neutralidade do ordenamento jurídico; f) na concepção do homem como um abstrato sujeito de direito ligada a idéia de homem livre e igual¹³.

O Código Civil de 1916 era produto do positivismo na qual consagrava os princípios do liberalismo e o individualismo. No que se refere ao processo de realização do direito predominava o paradigma da aplicação. Das normas mais gerais e abstratas chega-se às normas mais individualizadas e concretas.

O Direito Civil Brasileiro adotou o sistema fechado demonstrando adequado ao seu tempo, mas diante do desenvolvimento econômico, urbano e industrial tornou-se ineficaz para a solução das controvérsias.

Assim, conforme conclui Castanheiras Neves o paradigma da aplicação hoje está em vias de ser superado devido ao seu “alheamento dos problemas históricos-sociais e pela sua inadequação metodológica relativamente ao problema concretamente específico da realização do direito¹⁴”.

1.5 O Código Civil Brasileiro de 2002 e o Novo Modelo de Interpretação Jurídica

Partindo da premissa que o contexto histórico político e cultural influenciou diretamente na elaboração dos Códigos Civil de 1916 e de 2002 a interpretação, por sua vez, conseqüentemente também é diferente.

Somente a partir dos anos sessenta do século XX, é quando houve a crise do positivismo legalista, com a superação da adoração da lei como fonte suprema do direito, a limitação do interprete ao mecanismo da subsunção e a crença na completude do direito.

¹³ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed., rev., atual. e aume. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 119.

¹⁴ NEVES, A. Castanheiras. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 288.

A sociedade atual pela qual insurgiu o Código Civil de 2002 é complexa, pluralista, fragmentada e influenciada diretamente pelo desenvolvimento científico e tecnológico ocasionando a produção de leis especiais necessárias para disciplinar os novos conflitos.

Com isso, o sistema já não é mais visto como completo e coerente capaz de dar solução todas as controvérsias jurídicas. O antigo método de interpretação jurídica ligada ao positivismo passa ser insuficiente para responder os problemas que começam a apresentar atualmente.

O paradigma da modernidade é substituído por um novo modelo de interpretação objetivando elaborar soluções decisórias para os casos jurídicos concretos com fundamento em princípios jurídicos, deixando de lado o processo da aplicação.

Diante disso, um sistema jurídico baseado em princípios e com normas jurídicas mais flexíveis é o que se espera.

1.6 A Princípios e as Cláusulas Gerais

No Código Civil de 2002, a mudança no método de interpretar se deu exclusivamente a utilização pelo interprete dos princípios jurídicos e as cláusulas gerais.

Os princípios e as cláusulas gerais permitiram que o Código Civil de 2002 passasse a ser considerado como um sistema aberto, superando o formalismo do Código de 1916 e promovendo significativa mudança no modelo metodológico de interpretação jurídica, com a “principalização” do modelo interpretativo.

Os princípios são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para ação e para constituição de normas e instrumentos jurídicos.¹⁵ Seriam normas para produção ou determinação de outras normas¹⁶.

¹⁵ SCHIPANI, Sandro. **La codificazione del diritto romano comune**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 83 e segs.

¹⁶ ZACCARIA, Francesco Viola-Giuseppe. **Diritto e interpretazione**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza: 2000. p. 386

Já a cláusula geral assevera Francisco Amaral significa a grande inovação do Código Civil de 2002 ao constituir de variados princípios e regras jurídicas de genérica aplicação. Significam um novo pensamento jurídico pós-positivista, diferente daquele em que foi criado o Código Civil de 1916.¹⁷

A finalidade da cláusula geral é de permitir abranger um grande número de casos devido a sua generalidade e abstração possibilitando ao interprete criar com mais mobilidade as normas jurídicas aos casos concretos e conseqüentemente maior poder ao juiz.

Diante disso, a aplicação do direito tem sido realizado com a aplicação dos princípios e das cláusulas gerais permitindo uma maior flexibilização das normas jurídicas em busca da justiça.

1.7 Função Social no Direito de Família e Sucessões

Muito se tem discutido acerca da natureza jurídica da função social em classificá-la como princípio ou como cláusula geral.

Alguns autores quanto a natureza jurídica preferem denominá-la princípio¹⁸, outros utilizam-se das expressões *atributo, diretriz ou cláusula-geral*¹⁹ e outros autores, ainda, denominam-na de *doutrina da função social ou idéia-princípio*²⁰.

Independentemente da nomenclatura ou natureza jurídica que se proponha à função social, o importante deste trabalho é compreender o seu real conteúdo e alcance e que se implementem de maneira efetiva os instrumentos aptos

¹⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed., rev., atual. e aume. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 72.

¹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado**: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, v. 750, p. 116.

¹⁹ MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 150-159.

²⁰ HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; ANDRIOTTI, Caroline Dias. **Breves notas históricas da função social no Direito Civil**. Função Social no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

a cumprir a finalidade da função social no direito de família e sucessões através do novo paradigma de interpretação jurídica.

A família é uma instituição que está em constante mutação assumindo formas diversas no tempo e no espaço. A maneira de organização da sociedade afeta diretamente a convivência familiar. Neste sentido, entende-se que a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, acima de tudo, um organismo com características culturais e sociais.

O objetivo é demonstrar quais as conseqüências jurídicas da função social no âmbito do instituto da família e das sucessões dentro do novo modelo de interpretação jurídica.

1.8 Interpretação Segundo a Jurisprudência

Nos últimos dez anos existe uma crescente preocupação com os assuntos referentes a interpretação das normas jurídicas, na qual este trabalho se dedica especialmente ao artigo 1.829, I do Código Civil.

Com as mudanças do Código Civil brasileiro inserindo princípios e cláusulas gerais que não dispõe da estrutura comum das normas jurídicas, ou seja, hipótese e dispositivo surgiu necessidade de um raciocínio jurídico não mais positivista na qual se aplica o método da subsunção.

Desta forma a utilização dos princípios e cláusulas gerais possibilitou um novo modelo de interpretação jurídica que permitiu inovar as decisões dos tribunais superiores. A interpretação não é mais feita conforme a lei, mas com base nos princípios que integram o próprio direito.

A passagem para pós-modernidade, representada pelas modificações introduzidas pelo Código Civil busca recuperar o sentido do próprio direito.

O esgotamento do paradigma positivista permite compreender o direito como um sistema aberto de princípios e normas, instaurando um modelo de jurisdição que se pode denominar de jurisprudencial.

Diante disso, o legislador e o interprete devem buscar um sistema jurídico mais principiológicos e com normas jurídicas mais flexíveis resistentes a evolução da sociedade.

2 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA E AS SUAS RELAÇÕES (artigo 226, da CF)

2.1 Princípios Constitucionais de Proteção à Família e as Relações Familiares

Até os dias de hoje, muitos juristas buscam uma definição universal do conceito de direito. Mas, em breves palavras podemos dizer em linhas gerais que o direito é um produto social, cultural e histórico influenciado pelos anseios e valores de uma sociedade em um determinado espaço de tempo.

Nem mesmo as mais importantes teorias de nossa história conseguem definir de maneira precisa, o conceito de direito, é o caso da teoria positivista que transmuda no conceito de lei, sendo assim, temos a noção de Caio Mario da Silva Pereira dizendo que “direito é o princípio de adequação do homem a vida social”²¹.

Inicialmente, este direito era exercido de forma direta pelos particulares com base na premissa “olho por olho, dente por dente”, vigorando assim a lei do mais forte, que tudo podia.

Com o decorrer da história, diante das injustiças cometidas e do fortalecimento do Estado, este tomou para si a função de harmonizar as relações entre os indivíduos da sociedade, editando normas de comportamento com suas respectivas sanções, confirmando o entendimento de que não há sociedade sem direito, nem direito sem sociedade “*ubi societas ibi jus*”.

O conjunto dessas normas de força coercitiva do Estado, regulando os direitos dos integrantes de uma sociedade, em determinada época histórica, pode ser chamado de direito positivo.

Assim, o direito é um sistema formado por normas e princípios. Normas e princípios que emanam das práticas e costumes da sociedade local. O direito

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 7.

pátrio revela o nível de desenvolvimento da sociedade, tendo como lei máxima a Constituição.

A Constituição Federal de 1988, centro reunificador do direito público e privado consagrou, em definitivo, uma nova tábua de valores atribuindo um novo conceito²² de família, conferindo uma conotação plural, proporcionando, portanto, maior liberdade de escolha aos indivíduos e, principalmente impondo ao intérprete uma nova postura à luz da hermenêutica constitucional.

Registra-se que significativa mudança somente ocorreu em decorrência da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como pedra angular do Estado Democrático de Direito, optando pela valorização da pessoa humana e ligando todos os institutos a realização de sua personalidade²³, superando, deste modo, antigos preconceitos.

Assim, estudar o direito civil, especialmente o direito de família, significa estudar princípios a partir da Constituição. O direito constitucional penetra, hoje em todas as disciplinas e, via de consequência, também no direito civil.

O conceito jurídico de família era limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 tratava o instituto do casamento como única forma de criar família legítima e legitimar os filhos comuns, antes de nascidos ou concebidos.

Desta forma, somente conferiria o *status de familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Face ao aludido modelo uno de família, as relações de fato surgidas fora do casamento não recebiam qualquer reconhecimento jurídico.

O Código Civil de 1916 não considerava família em relações concubinárias, mesmo no denominado concubinato puro (entre pessoas sem impedimentos matrimoniais). Filhos havidos fora do casamento eram considerados

²² CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.5. Sobre esse novo conceito, seguindo a orientação doutrinária predominante, tivemos a oportunidade de concluir que, analisadas as várias posições que o texto possibilita, a Constituição criou uma categoria social mais ampla, sob a denominação de *entidade familiar*, diferenciada da até então *família legítima* decorrente do casamento civil. E nesta *entidade familiar*, também chamada indistintamente de *família*, colocou-se a união estável entre o homem e a mulher, ou de um dos genitores com a prole, inserido conceito mais amplo, portanto, que aquela categoria antes decorrente do casamento e da filiação legítima”.

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.57

ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que estes tivessem a pretensão de reconhecê-los.

Notava-se certa ausência de preocupação com a felicidade pessoal dos integrantes da família, tanto que esta era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo, pois se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial²⁴.

A influência da Igreja Católica, no início a vigência do Código de 1916, era muito forte, sob o argumento de que o sacramento do matrimônio decorria da vontade de Deus e, “como o que o Criador reuniu não poderia o homem separar”, assim, os cônjuges deveriam permanecer juntos “até que a morte os separasse”.

O legislador entendia que aquele modelo fechado era o único correto, não importando se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação. A dignidade deles era um dado secundário. O importante era a manutenção da paz doméstica, do equilíbrio, a segurança, da união formal da família, tudo isso em prejuízo da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente da mulher.

O casamento tinha como finalidades a legalização das relações sexuais, a procriação, a mútua assistência, inclusive econômica, o dever de educar e manter a prole e o estabelecimento de vínculos patrimoniais (regimes de bens).

A conseqüência de tudo isso, é que aquelas pessoas que não se casaram eram consideradas como membros de família ilegítima. Os filhos ilegítimos ficavam a margem do direito, sem proteção alguma.

Por outro lado, a família legítima mantinha uma falsa felicidade para ter o reconhecimento do *status* da sociedade, pois na realidade a convivência entre seus membros era insuportável.

Neste contexto é de suma importância trazer os ensinamentos de Gustavo Tepedino, in verbis:

²⁴ O Código Civil de 1916 e, posteriormente, também na Lei do Divórcio atribuíram ao cônjuge culpado pela separação judicial as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justifica-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da *célula mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal²⁵.

Entretanto, os avanços tecnológicos e suas repercussões no prolongamento da vida, a modernização dos meios de comunicação, da ciência, ao lado dos grandes movimentos sociais, como o feminismo resultaram a entrada da mulher no mercado de trabalho, exigindo mudanças na legislação.

A partir da evolução do capitalismo e da industrialização, a produção fora de casa expandiu-se enormemente. A casa, o lar, deixa de ser visto como um local de trabalho (de produção) e, essa nova organização da produção implicou num complexo de transformações profundas, produzindo mudanças na família, e na vida de mulheres e homens.

Inicialmente, pode-se dizer a que a grande conquista obtida pela mulher foi com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), cujo maior mérito foi abolir a incapacidade feminina, e logo após com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) possibilitando aos cônjuges a oportunidade de por fim ao casamento, privilegiando a mulher a faculdade de usar ou não o nome patronímico do marido, e também ampliou a equiparação dos filhos, qualquer que fosse a natureza da filiação, para os fins de sucessão hereditária.

Mas a mudança revolucionária no Direito de Família vem ocorrer com a Constituição Federal de 1988, que alterou de forma profunda a realidade social e o ordenamento jurídico vigente.

Os anseios da sociedade acabaram por modificar, radicalmente, os paradigmas da família, conceitos e as regras básicas da codificação tradicional, substituindo-os por idéias e por normas coerentes com as exigências do mundo moderno.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 397-398

No Direito de Família e, em especial, quanto ao relacionamento familiar, a Carta de 1988 introduziu maiores inovações. A esse fenômeno de mudanças dá-se em razão da Constitucionalização do Direito Civil.

Os princípios de Direito de Família mereceram abrigo constitucional, assinalando-se a preocupação do Estado com a proteção dos direitos e garantias das relações familiares. A constitucionalização dos princípios instituídos do direito de família demonstra a importância que a matéria representa no nosso ordenamento jurídico.

Por isso, não é mais possível, hoje, analisar o direito de família sem, antes, fazer uma análise da constituição. É no artigo 226 e seguintes, porém, que estão estabelecidos os princípios constitucionais atinentes à Proteção da Família e suas Relações Familiares.

Assim, são as seguintes as regras fundamentais introduzidas pelo texto constitucional: a) a conceituação da família como base da sociedade e sob proteção do Estado (art. 226, caput); b) a instituição da família pelo casamento (§1º); c) a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (§5º); d) a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio (§6º); e) a paridade de direitos entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, §6º). Além disso, a Constituição reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º), bem como a união estável entre homem e mulher, esta para proteção do estado (§3º), a par de outras regras sobre deveres da família, sobre planejamento familiar, sobre adoção e sobre mecanismos de defesa do menor e do idoso (arts. 226 e 227 e seus parágrafos).

Considerando o Direito como produto social, cultural e histórico decorrente dos anseios da sociedade, resulta que todo instituto jurídico é criado para um determinado fim, independente de estar mencionado no texto seja constitucional ou legal a sua função social.

Neste sentido, é de suma importância ressaltar que o legislador constituinte estabeleceu como diretriz de todo ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) que representou um fenômeno denominado despatrimonialização ou personalização do Direito Civil como um todo.

Isto significa que a entidade familiar considerada antes como uma fonte de riqueza, agora passa ser uma comunidade de afeto, tornando-se, desta forma, mais verdadeiras, pois são construídas e não impostas. Prevalece a felicidade particular de seus membros, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Passemos agora, a analisar os princípios constitucionais considerados essenciais a este trabalho:

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana – função social da família

A função do direito é de ser instrumento técnico para concretização da justiça e civilizado para solução de conflitos que surgem em razão da convivência social. O Direito como já dito em linhas anteriores é o produto cultural, algo construído pelo homem, como ferramenta para disciplinar o relacionamento entre os indivíduos e entre estes e as organizações por ele criadas.

A pessoa humana cuja proteção constitui finalidade primeira do Direito, não pode ser vista como um ser isolado, mas como um ser social. O fato do homem viver em sociedade decorre que o Direito ao normatizar as relações interpessoais, deve fazê-lo levando em conta as características e valores da sociedade em que o ser humano está inserido.

A família é considerada como núcleo de formação da personalidade do indivíduo e da dignidade de seus integrantes, e diante das surpreendentes transformações por que tem passado tem cada vez mais proteção jurídica.

A proliferação do número de divórcios, filhos criados pelo pai ou pela mãe, filhos criados em famílias reconstituídas (pelos novos casamentos de um ou ambos os pais), compõe os novos arranjos familiares, cada vez mais freqüentes na sociedade. Com conseqüência, esses arranjos não comportam mais simples reprodução dos antigos modelos para o exercício dos papéis de mãe e de pai.

A família não é apenas uma instituição de caráter social desempenhando três funções sociais (procriação, criação e socialização), ou seja, uma núcleo econômico e de reprodução, mas uma entidade com características culturais e sociais para o desenvolvimento do companheirismo, do amor e acima de tudo com um papel fundamental na formação da personalidade humana.

Paulo Luiz Netto Lobo²⁶ discorre a evolução da família quanto às funções que desempenhou ao longo da história:

Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procriacional. (...) As funções religiosas e políticas praticamente não deixaram traços na família atual. (...) Por seu turno, a função econômica perdeu o sentido, pois a família (...) não é mais unidade produtiva nem seguro contra velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social (...) A função procriacional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos, por livre escolha, ou em razão da primazia da vida profissional, ou em razão de infertilidade, ou pela nova união da mulher madura (...)

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômicas, políticas, religiosas e procriacionais feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procriacional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

Portanto, atualmente conforme os ensinamentos de Francisco Amaral²⁷, as suas principais funções hoje são: “de natureza *biológica*, garantindo a descendência e a permanência do grupo; *educadora e socializadora*, adequando o comportamento de seus membros aos valores dominantes no grupo familiar e na sociedade, transmitindo-lhes a linguagem, os hábitos, a cultura; *econômica*, proporcionando-lhes as condições materiais de subsistência e conforto, e *psicológica*, contribuindo para o equilíbrio, o desenvolvimento afetivo e a segurança emocional de seus membros.

²⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Jus Navigandi, n. 307, 10 de mai. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 19 jul. 2007.

²⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed., rev., atual. e aume. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p.140-141

A preocupação do legislador em proteger a família é justificada por considerá-la como um grupo social onde o indivíduo nasce, cresce, educa-se e prepara-se para o ingresso na sociedade.

Neste sentido reforça as lições de Gustavo Tepedino²⁸ afirmando:

A pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização deve convergir todas as normas de direito positivo, em particular aqueles que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Entretanto, a dignidade da pessoa humana não deve ser vista num individualismo extremo. O ser humano, ser social por excelência, deve ser visto em seu aspecto individual, mas também em seu aspecto social, sendo a família a base da integração social. A construção de uma família com bases sólidas de afeto, companheirismo, liberdade, responsabilidade mútua consiste em um paradigma para correção das injustiças sociais.

Logo, o conceito moderno de família em consonância com os princípios constitucionais devem ser protegidos em atendimento a função social objetivando a dignificação de seus membros.

Neste sentido, a dignidade da pessoa humana significa liberdade de escolher e constituir a entidade familiar seja ela através do casamento, união estável ou família monoparental que melhor corresponda à sua realização existencial, onde se possa nascer, ser, amadurecer e desenvolver os valores da pessoa.

2.1.2 Reconhecimento da união estável, elevando-se a categoria de entidade familiar ao lado do casamento

Inicialmente, o Código Civil de 1916 tratava o concubinato restringindo os direitos, impondo sanções a convivência, visando, contudo prestigiar a família legítima oriunda do casamento.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 372

Com o passar do tempo, diante da existência de mulheres abandonadas, após anos de convivência afetiva, a Súmula 380²⁹ representou uma construção da doutrina e da jurisprudência, durante a vigência da Constituição de 1946, possibilitando uma proteção patrimonial as famílias constituídas sem casamento.

As demais conquistas se deram através da concessão do direito à indenização decorrente da morte do concubino em acidente do trabalho ou de transporte (Súmula 35 do STF); juntamente garantiram em favor da companheira viúva direitos previdenciários, bem como a possibilidade de adição ao seu do sobrenome do companheiro (Lei 6.015/73, art. 57, §§2º e 3º).

Mas, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, a família brasileira ganhou grandes modificações, reconhecendo a união estável como *status* de entidade familiar em seu artigo 226, § 4º, dispondo *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O legislador constituinte legitimou uma prática social, aceita pela sociedade, que é a união livre, cuja duração é justamente o tempo da estabilidade das relações afetivas.

O instituto da união estável foi de início, regulada pela Lei nº 8.971/94 disciplinando o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, bem como a exigência da vida em comum há mais de cinco anos ou a existência de prole.

²⁹ Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Tal súmula é uma construção jurisprudencial proferida pelo Pretório Excelso para relativizar os efeitos do não-reconhecimento jurídico da união estável como entidade familiar. A partir desta súmula, a convivência dos concubinos era considerada como uma sociedade de fato e, desse modo, era possível haver a dissolução desta convivência e a conseqüente partilha do patrimônio comum, só que em sede de Vara Cível (não na Vara de Família). A referida Súmula nº 380 do STF deixou de ser aplicada com o advento da Constituição Federal de 1988 que reconheceu a união estável como entidade familiar. Registra-se que ocorreu situação similar com a união homoafetiva, pois inicialmente muitos autores aplicavam a multicitada súmula a esta união, mas, a doutrina vem se inclinando pelo reconhecimento dela como verdadeira entidade familiar, afastando-se, assim a incidência do conteúdo à situação.

Posteriormente, a Lei nº 9.278/96 reconheceu a entidade familiar através convivência duradoura, pública e contínua, ininterrupta entre homem e mulher com o objetivo de constituir família.

A união estável é uma relação caracterizada pela liberdade, já o concubinato é uma relação não eventual, entre homem e mulher que, todavia, são impedidos de casar.

Assim, estão excluídas das uniões livres, aquelas fragrantemente adúlteras, pois o Estado não poderia proteger a relação de um cônjuge com terceiro, isto é, em adultério por estar, assim, acobertando infidelidade.

Por fim, o Código Civil de 2002³⁰ disciplinou integralmente a matéria, estabelecendo a união estável como uma convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família, incluindo nos casos de a pessoa casada estar separada de fato ou judicialmente, bem como instituiu direitos patrimoniais (alimentos, meação e herança) e deveres (lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos).

Ressalte-se que o Código, apesar da Constituição Federal estabelecer o princípio da isonomia no tratamento entre as entidades familiares, estabeleceu regimes sucessórios diferentes com relação ao cônjuge, objeto deste trabalho e ao companheiro sobrevivente.

Diversamente do cônjuge o companheiro não foi reconhecido como herdeiro necessário, sendo considerado herdeiro legítimo facultativo. Por não integrar a ordem de vocação hereditária (art. 1.829) ao lado do cônjuge, o companheiro herda todos os bens da herança quando o falecido não tiver deixado descendente, ascendente ou colateral até quarto grau. Os direitos sucessórios do companheiro estão regulados no art. 1.790³¹.

³⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

³¹ Art. 1.790. A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Partilhamos do entendimento de que o tratamento desigual entre o cônjuge e companheiro no âmbito sucessório ofende a Constituição Federal, ou seja, o princípio da isonomia presente no âmbito da família.

Outra situação que não pode deixar de ser abortada é sobre a simultaneidade³² familiar que consiste no fato de uma pessoa pertencer a duas ou mais entidades familiares diversas ao mesmo tempo, sendo membro comum nas duas.

Diante disso como ficariam o dever alimentar eventual frente a ambos os cônjuges/companheiros, a proteção à impenhorabilidade dos imóveis residenciais de ambas as famílias simultâneas e os efeitos referentes a partilha de bens?

O fato de a união estável ter sido constitucionalmente recepcionada como entidade familiar merecedora da proteção do Estado não significa, jamais, que o nosso sistema jurídico tenha abandonado a concepção monogâmica de constituição de famílias.

Assim, juridicamente, partilhamos do entendimento de que ou a pessoa está inserida em um casamento ou, informalmente, estabelece com o outro uma união estável. Nessa contingência, somente se admite o reconhecimento da união estável paralelamente à existência do matrimônio quando a relação conjugal estiver rompida de fato, subsistindo, apenas, formalmente, uma vez que não houve a separação judicial ou divórcio dos cônjuges.

E quando existir uma união estável putativa, ou seja, quando uma das partes, na maioria das vezes mulher, se encontra em total estado de ignorância com relação a um outro relacionamento que o seu parceiro está envolvido? Registra que esta situação pode ser verificada na simultaneidade com outra união estável anterior, ou na coexistência de um casamento.

Alguns autores entendem que a união estável putativa pode ser reconhecida no direito brasileiro se existir boa-fé da companheira que constituiu a relação anterior.

³² São exemplos de simultaneidade familiar a bigamia, pluralidade de conjugalidades; desde as situações que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto com os pais, situações de pessoas casadas ou separadas que constituem novas famílias por um novo casamento ou união estável e etc.

Pensamento contrário é adotado por decisões de tribunais superiores que seguem:

UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO AMOROSA PARALELA. MANUTENÇÃO DO VINCULO FAMILIAR. Não há união estável, mas um prolongado relacionamento amoroso sem intenção de constituir família, quando o homem casado mantém convívio clandestino sem que se desvincule do compromisso matrimonial, continuando a coabitar com a esposa e filhos. Sendo o sistema monogâmico, não é possível o reconhecimento simultâneo de duas entidades familiares, nem mesmo na ..forma putativa, quando a mulher se mantém ciente do estado civil do parceiro. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria³³.

Seguindo a premissas anteriores, partilhamos do entendimento de que permitir a união estável putativa é tratar de forma desigual em relação ao casamento, trazendo inseguranças no campo das relações familiares, sobre o aspecto de uma possível boa-fé do envolvidos.

2.1.3 Reconhecimento da família monoparental também como entidade familiar, ao lado do casamento e da união estável

A Constituição Federal classificou de maneira bem definida as três modalidades de família compreendidas no conceito de entidade familiar: a família constituída pelo casamento, a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A idéia de entidade familiar não alcança somente a união estável entre homem e mulher. Com as inovações constitucionais, admite-se uma maior flexibilidade na definição de entidade familiar, alcançado-se a comunidade formada pelos pais e seus descendentes. Reconhece-se, assim, uma nova espécie de entidade familiar, qual seja a família monoparental. É o que se extrai do artigo 226, § 4º da Constituição Federal.

³³ TJRS, Embargos Infringentes nº 70011531829, Porto Alegre, 4º Grupo Cível. Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, 10.06.05, v.u.)

Uma família é considerada monoparental, ensina o professor Eduardo de Oliveira Leite³⁴ “*quando uma pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças*”.

Na realidade, percebe-se que não existe mais um único modelo de família, o clássico, ou seja, o da vida familiar no casamento, mas novas fórmulas de família, que, ou são fruto de uma opção (mães solteiras), ou decorrem de uma imposição fática (separação, abandono, morte e adoção). Todas, porém, se inserem no amplo conceito de família monoparental, onde como decorre do termo, os filhos se encontram, necessariamente, vinculados só ao pai ou só a mãe.

A família monoparental tem proteção da lei, inclusive no que diz respeito a impenhorabilidade do bem de família. A própria Lei 8.009/90 utilizou os termos “casal” e “entidade familiar”, não fazendo qualquer distinção entre família tradicional e a família monoparental, abrangendo dessa forma as novas famílias.

Quanto aos demais direitos, como por exemplo direito de guarda, direito de visita, dentre outros, será necessária uma interpretação extensiva das leis já existentes para que sejam aplicadas aos conflitos que surgirem na família monoparental.

2.1.4 Igualdade entre os cônjuges

Contemporaneamente, a conquista da igualdade entre homem e mulher é resultado dos avanços sociais, do desenvolvimento dos meios de comunicação e mudanças de paradigma sócio-cultural ao longo do processo civilizatório.

A mulher sempre foi inferiorizada em relação ao homem, sendo extremamente obediente ao marido, que exercia a função de chefe de família, trabalhando e sustentando a mesma, enquanto que a mulher cuidava da criação dos filhos e dos trabalhos domésticos.

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.22.

Neste contexto de “submissão” fora editado o Código Civil de 1916, onde a mulher casada fora incluída no rol dos relativamente incapazes, posto que não podia praticar atos sem a concordância do marido. O pátrio poder³⁵ e a chefia da sociedade conjugal era exercida exclusivamente pelo marido.

A eclosão das duas guerras mundiais, o advento da industrialização com a inserção da mulher no mercado de trabalho, a luta pela igualdade de sexos através do movimento feminista obrigou a sociedade vislumbrar que não era mais possível deixar a mulher em plano inferior, sendo necessários reconhecer seus direitos.

A primeira modificação, como já dito em linhas anteriores, ocorreu em 1962, através do Estatuto da Mulher Casada, quando a mulher deixou de ser relativamente incapaz e passou a ser considerada como colaboradora do marido, que exerce a função de chefe da sociedade conjugal, nos encargos de família, e vela pela direção material e moral da mesma.

Contudo, após árduo caminho percorrido pela mulher a Constituição Federal de 1988, com determinação expressa do art. 226, § 5º, estabeleceu a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal, transformando essencialmente as relações entre o homem e mulher no casamento, e, conseqüentemente, o papel da mulher em sociedade.

Vejamos as lições de Maria Helena Diniz:

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 5º, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do outro.³⁶

Comunga desse ensinamento o professor Silvio Rodrigues³⁷. Para o mencionado jurista referindo-se ao antigo Código Civil:

³⁵ Com o advento do Código Civil de 2002, o pátrio poder passou a ser chamado de poder familiar. Mantivemos neste trabalho, porém, o termo antigo, por estarmos nos referido justamente ao Código que o consagrou.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 20

³⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28 ed. Atualizado por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p.08.

Esse dispositivo, igualando os cônjuges dentro da sociedade conjugal, derogou, por incompatibilidade com o preceito constitucional, muitos dos artigos dos capítulos “Direitos e deveres do marido” e “Direitos e deveres da mulher”. Todas as prerrogativas conferidas a um dos cônjuges são ao outro, uma vez que ambos são titulares dos mesmos direitos e unidos ao cumprimento das mesmas obrigações.

Assim, o casal agirá sempre em comum acordo, colaborando ambos, para o sustento da família, em consonância com suas possibilidades, influenciando ambos na educação dos filhos, cuidando ambos do patrimônio e dos negócios da família, em regime de mútuo auxílio e de cooperação, sob a égide dos ideais por eles estabelecidos.

Por fim, registra que o Código Civil de 2002, procurou adequar a ótica constitucional estabelecida, trazendo a “bilateralização” até então inexistente³⁸.

2.1.5 Isonomia do tratamento jurídico dos filhos

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, § 6, estabeleceu a plena igualdade entre todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, dispondo que todos eles possuem os mesmos direitos e qualificações, ficando proibida quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação.

³⁸ CASTRO, Adriana Mendes Oliveira; STURMER, Amélia Balduino ; ELESBÃO, Elsitá Collor. **Gênero e família:** uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 117. Já no primeiro artigo que trata do casamento, nas disposições gerais, o artigo 1511 expressa: “O casamento estabelece comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.” Mais adiante, em capítulo específico intitulado Da Eficácia do Casamento, o artigo 1565 estabelece: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Por sua vez, o § 2º prevê: “ O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”. Já o artigo 1566 elenca deveres de ambos os cônjuges. Note-se que cotejando este dispositivo com o Código Civil de 1916, ainda vigente, verifica-se que neste há um capítulo para direitos e deveres do marido (artigos 233 e seguintes), e outro para direitos e deveres da mulher (artigo 240 e seguintes). O artigo 1567 estabelece que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. No artigo 1567 estabelece que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. No artigo 1630 o projeto lança uma expressão nova na legislação, que doutrina e jurisprudência já utilizam – poder familiar – em substituição ao pátrio poder previsto no artigo 380, do CCB. O artigo 1631 determina que “durante o casamento, compete o poder familiar aos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Por fim, o § único esclarece: “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo”.

Com isso todos os dispositivos legais que determinavam discriminação dos filhos perderam, automaticamente, sua eficácia com a promulgação da atual Constituição. O princípio ora mencionado impediu a aplicação de todas as normas do Direito codificado ou extravagantes que estabeleciam diferenciações entre os filhos. Criou-se um estatuto idêntico, tanto em nível familiar como sucessório.

Neste contexto, elucida Maria Helena Diniz³⁹, o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, consagrado pelo nosso direito positivo, que nenhuma distinção faz entre os filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar e sucessão; permite o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; proíbe que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade e veda designações discriminatórias relativas a filiação. De modo que a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, pôr meio do reconhecimento; logo só se poderia falar em filho, didaticamente, matrimonial ou não matrimonial e reconhecido e não reconhecido.

Diante disso, o constituinte pôs fim a uma das maiores heresias prestigiadas pelo antigo Código Civil, ou seja, à “punição”, dos filhos não havidos na constância do casamento, pôr evento natural em relação ao qual não possuíam nenhuma responsabilidade. Retirou-se, de vez, a diferenciação dos filhos que até então recebiam expressões discriminatórias, tais como; ilegítimo, adúlterino, espúrio, incestuoso, etc.). Hoje o filho não tem mais adjetivos pejorativos; simplesmente é filho.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.21

3 REGIME DE BENS

3.1 Delimitação Conceitual

A intimidade do lar, o esforço comum realizado para assegurar o bem-estar da família exige uma regulamentação própria que o casal fixa no momento da celebração do casamento, ou seja, o regime de bens.

É necessário um preliminar exame dos regimes de bens do casamento para servir de parâmetro aos direitos patrimoniais do cônjuge, direcionando a partilha de bens na dissolução do casamento

Dentre desses direitos situam-se a *meação* e a *herança*, que se distinguem uma da outra. A meação decorre do regime de bens e preexiste ao óbito do outro cônjuge, é apurada sempre que dissolvida a sociedade conjugal, já a herança constitui a parte do patrimônio comum atribuído ao falecido somando-se ao seu acervo particular atribuído e transmissível aos seus sucessores, dentre os quais encontra-se o cônjuge.

Assim, por regime de bens entendemos que trata de relação jurídica estabelecida entre marido e mulher, de como o casal vai administrar o seu patrimônio.

No dizer de Orlando Gomes:

Regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, é o estatuto patrimonial dos cônjuges. Compreende esse estatuto as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre terceiros e a sociedade conjugal.⁴⁰

⁴⁰ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 163.

Nas palavras de Maria Helena Diniz: “A essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos⁴¹”.

Já, segundo Venosa, o regime de bens constitui a modalidade do sistema jurídico que rege as relações derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges⁴².

Apresentada a delimitação conceitual do regime de bens, vislumbra-se a importância do estudo deste instituto, tendo em vista que o Código Civil vinculou o efeito patrimonial do casamento – regime de bens à questão sucessória, referente à transmissibilidade de bens *causa mortis*. É indispensável identificar o regime de bens na sucessão de pessoa casada, para saber o que será transmitido aos herdeiros.

O Código Civil, trata do instituto no Título II (Do direito Patrimonial), como Subtítulo I (Do Regime de Bens entre os Cônjuges), e no artigo 1.639 dispõe:

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º - O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º - É admissível a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial e pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvadas os direitos de terceiros.

3.2 Princípios Norteadores

Interpretando a legislação apresentada, verifica-se que três são os princípios fundamentais que norteiam o regime matrimonial de bens, a saber:

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p.144.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Curso de direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6, p.338.

2. **variedade de regime de bens**⁴³, a lei como já visto não impõe um regime matrimonial aos nubentes⁴⁴, oferecendo-lhes o Código Civil quatro espécies diferentes: o da comunhão universal, o da comunhão parcial, o da separação, e o da participação final dos aquestos, que veio a substituir o regime dotal.
3. **liberdade dos pactos antenupciais**, que justamente decorre do primeiro princípio, permitindo aos nubentes a livre escolha do regime que melhor lhes convier, objetivando harmonizar interesses econômicos decorrentes do casamento.

Os nubentes têm a liberdade de escolher o regime matrimonial, podendo os contratantes adotar um dos quatro tipos previstos em lei que são: o da comunhão universal (artigos 1.667 a 1671, do Código Civil); o da comunhão universal (artigos 1.667 a 1671, do Código Civil); o da comunhão parcial (artigos 1.658 a 1.666, Código Civil); o da separação de bens (artigos 1.687 a 1.688, do Código Civil), e o da participação final dos aquestos (artigo 1.672 a 1.686, Código Civil).

O pacto antenupcial é um contrato solene, realizado antes do casamento, no qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas desde a data do matrimônio, devendo ser realizado mediante escritura pública.

Neste pacto, além de adotar um dos regimes existentes, poderão também criar um regime próprio, desde que não prejudique nenhuma das partes e nem contrarie a lei.

Dispõe Maria Helena Diniz⁴⁵, como os nubentes não estão adstritos à adoção de um dos regimes já mencionados, tal como se encontram definidos em lei, podem combiná-los, formando um misto ou especial, sendo-lhes lícito ainda estipular cláusulas, desde que respeitados os princípios de ordem pública, os fins e a natureza do matrimônio. É o que se extrai dos artigos 1.639 e 1.640, parágrafo único, do Código Civil. Necessário se torna, porém, que estipulem mediante pacto antenupcial o regime de sua preferência (art. 1.653 a 1.657, CC).

⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p.145

⁴⁴ Artigo 1.640 e parágrafo único do Código Civil de 2002 e artigo 258 do Código Civil de 1916.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p.146.

Ensina Silvio Rodrigues⁴⁶, o pacto antenupcial vem a ser um contrato solene, realizado antes do casamento, pelo quais as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará durante o patrimônio. Deve ser realizado mediante escritura pública, sob pena de ser considerado nulo (art. 1.653, CC). No pacto antenupcial devem intervir os próprios nubentes pessoalmente, ou por meio de mandatário, com poderes especiais. Se um deles for menor de idade deverá ser assistido pelo seu representante legal, salvo as hipóteses de separação total obrigatória de bens (art. 1.654,CC).

Vale lembrar que não sobrevivendo o casamento, o pacto antenupcial perderá sua finalidade, isto é, ele só terá efeito com a celebração do matrimônio.

Por outro lado, se os contraentes não fazem lavrar convenção alguma antes do casamento, o se é nulo ou ineficaz o pacto antenupcial, prevalecerá o regime legal, que passou a ser o da comunhão parcial. Assim, dispõe, de modo expresso, o artigo 1.640 do Código Civil.

4. **mutabilidade justificada do regime adotado**, inovação trazida pelo Código Civil de 2002 que permitiu a mutabilidade do regime de bens, no artigo 1.639, § 2º ⁴⁷, por meio do qual tornou possível a modificação do regime de bens, mediante autorização judicial com pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões impostas. Deste modo, a proteção dos cônjuges está assegurada em razão da necessidade de pedido conjunto e motivado ao juiz competente, e a proteção de terceiros deve ser ressalvada na decisão judicial com todas as cautelas. O regime de bens que era inalterável pode hoje ser modificado, desde que preenchidos todos os requisitos necessários.

⁴⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 173. Pacto antenupcial. Cláusula de comunicabilidade. Com a outorga solene pelos nubentes, através de escritura pública de pacto antenupcial, de cláusula expressa, estabelecendo a comunicabilidade dos bens presentes e futuros, todo o acervo passa a constituir patrimônio do casal, após a celebração do casamento, sob o regime da comunhão universal de bens, não podendo, por ocasião da separação litigiosa, ser considerado como reservado o bem, adquirido antes do matrimônio” (TJDF – Ag. n. 2000.00.2.004420-5, 1ª T. Civ., rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, v.u., j. 5.3.2001).

⁴⁷ Sobre imutabilidade, ver o artigo 230 Código Civil de 1916: “o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável”.

3.3 Modalidades

3.3.1 Regime da comunhão universal ou total de bens

Segundo o disposto no artigo 1667 do Código Civil de 2002, o regime da comunhão universal consiste na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, assim como de suas dívidas. Todos os bens do casal não importa a natureza: móveis e imóveis, direitos e ações, passam a constituir uma só massa, um só acervo, que permanece indivisível até a dissolução da sociedade conjugal. Antes da dissolução e partilha não há meação, mas metade ideal de bens e dívidas comuns (art. 1667, CC).

Admite esse regime, excepcionalmente, a exclusão de alguns bens. Tais exceções, que constituem os chamados bens incommunicáveis, são determinadas, pelo seu caráter personalíssimo ou pela sua natureza. A lei exclui da comunhão (art. 1668, CC):

- I) os bens doados ou herdados com a cláusula de incommunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar (art. 1668, I, CC): embora a lei seja omissa são também incommunicáveis os bens doados com cláusula de reversão (art. 547, CC), e os bens doados, legados ou herdados com cláusulas de inalienabilidade, pois comunicação é alienação (Súmula 49, STF).
- II) os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva (art. 1668, II, CC). O fideicomisso é uma situação em que o testador (fideicomitante) determina que o fiduciário deve, por sua morte, transmitir a certo tempo, ou certa condição, ao fideicomissário determinado bem. A propriedade do fiduciário é, portanto, resolúvel. Assim, também não se comunica o direito do fideicomissário, enquanto não se realiza a condição suspensiva.
- III) as dívidas anteriores ao casamento, salvo ser provierem de despesas com aprestos⁴⁸, ou revertem em proveito comum (art. 1668, III, CC). Pelos débitos anteriores ao casamento, responde o

⁴⁸ É a aquisição para o casamento de móveis, enxovais, a festa, bodas, etc.

- patrimônio do devedor exclusivamente. Todavia, se as dívidas reverterem em proveito comum de ambos os cônjuges a comunhão responderá.
- IV) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade (art. 1668, IV, CC). Sempre que se estabelece a cláusula de incomunicabilidade, não entra o bem para a massa comum, ainda que o doador seja o outro cônjuge.
 - V) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão (art. 1668, V, c.c 1659, V, CC). Justifica-se a incomunicabilidade dos livros e instrumentos de profissão, para não privar o profissional dos meios necessários ao exercício de sua profissão. No entanto, em caso de abandono de profissão não persistem motivos à incomunicabilidade.
 - VI) os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (art. 1668, V, c.c. 1659, VI, CC);
 - VII) as pensões⁴⁹, meios-soldos⁵⁰, montepios⁵¹ e outras rendas semelhantes (art. 1668, v, c.c. 1659, VII, CC);

A incomunicabilidade constitui exceção. A regra é a comunicabilidade entre os cônjuges de todos os bens, principais e acessórios. Assim, estabelece o artigo 1.669, que a incomunicabilidade dos bens descritos no artigo 1.668, não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

Na constância da sociedade conjugal prevalece a igualdade entre os cônjuges, exercendo em colaboração a administração dos bens comuns (art. 226, §5º, CF c.c. 1567, 1670 e 1663, caput, CC).

A comunhão universal dissolve-se por morte de um dos cônjuges, separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento. Extinta a comunhão e efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges, para com os credores do outro por dívida que este houver contraído (art. 1671, CC).

⁴⁹ Pensão é o quantum pago, periodicamente, por força de lei, sentença judicial, ato inter vivos ou causa mortis, a uma pessoa, com a finalidade de prover a sua subsistência.

⁵⁰ O meio-soldo é a metade do soldo paga pelo Estado a militar reformado. (Decreto-lei 9698/46)

⁵¹ O montepio é a pensão que o Estado paga aos herdeiros de funcionário falecido em atividade ou não.

3.3.2 Regime da comunhão parcial

O regime da comunhão parcial é, como vimos, o que advém da falta, ineficácia ou nulidade de pacto antenupcial, que determina o regime preferencial dos nubentes, caso em que a lei intervém, fazendo prevalecer a sua vontade (art. 1640, CC).

Arnoldo Wald⁵², discorre que o regime da comunhão parcial se caracteriza pela existência de três massas de bens: o patrimônio comum, o do marido e o da mulher. Assim, a comunhão parcial, também chamada comunhão dos aquestos ou de adquiridos, é o regime no qual cada um dos cônjuges mantém como próprios os seus bens anteriores ao casamento, comunicando-se os adquiridos onerosamente na vigência da sociedade conjugal.

De conformidade com o artigo 1659 do atual Código Civil, no regime da comunhão parcial 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, assim como os sub-rogados em seu lugar; II) os 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 pensões⁵³, meios-soldos⁵⁴, montepios⁵⁵ e outras rendas.

Consideram-se incomunicáveis, ainda, os bens cuja a aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento, conforme o artigo 1661 do Código Civil.

Do exposto, percebe-se, que no regime da comunhão parcial, os bens se dividem em três massas distintas: os bens particulares do marido, da mulher e os bens comuns. São particulares os bens que cada cônjuge possuía ao casar. São

⁵² WALD, Arnaldo. **Novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.117

⁵³ Pensão é o quantum pago, periodicamente, por força de lei, sentença judicial, ato inter vivos ou causa mortis, a uma pessoa, com a finalidade de prover a sua subsistência.

⁵⁴ O meio-soldo é a metade do soldo paga pelo Estado a militar reformado (Decreto-lei 9698/46)

⁵⁵ O montepio é a pensão que o Estado paga aos herdeiros de funcionário falecido em atividade ou não.

comuns os aquestos, isto é, os adquiridos na constância do casamento onerosamente.

Os bens que entram para a comunhão integram o patrimônio comum. Pelo que dispõe o artigo 1690 do Código Civil, são comunicáveis: I) os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso (troca, venda, etc.) ainda que só em nome de um dos cônjuges, sendo que os bens móveis presumir-se-ão adquiridos na vigência do matrimônio, se não se puder comprovar que o foram em data anterior (art. 1662, CC); os II) os adquiridos por fato eventual (jogo, aposta, rifa, loteria, etc.), com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III) os 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.

Consideram-se comunicáveis, ainda, em decorrência de presunção legal, os bens imóveis adquiridos na constância do casamento, não se provando que foram adquiridos em data anterior, conforme o artigo 1662 do Código Civil.

A comunhão parcial dissolve-se por morte de um dos cônjuges, separação judicial, divórcio ou anulação de casamento. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos consortes, os bens que eram de sua propriedade são entregues aos seus herdeiros. Havendo dissolução pela separação judicial, divórcio ou anulação, os bens que constituem o patrimônio comum serão partilhados e os incomunicáveis, cada cônjuge retira o que lhe pertence.

3.3.3 Regime de participação final nos aquestos

Introduzido Código Civil de 2002, nos artigos 1672 a 1686, este é um regime misto, que segue os princípios da separação de bens durante o casamento e os da comunhão parcial na dissolução da sociedade conjugal. Neste novo regime de bens, há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o casamento, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio.

Há, portanto, dois patrimônios: o inicial, que é o conjunto de bens que cada consorte possuía antes do casamento e o final, apurável no momento da dissolução da sociedade conjugal.

Muito embora a administração dos bens seja exclusiva de cada cônjuge, é permitida somente a livre alienação de móveis, sendo necessária a outorga conjugal para a alienação de imóveis (art. 1673, parágrafo único, CC). No entanto, desde que expressamente convencionada no pacto antenupcial a autorização conjugal será dispensada para a alienação de imóveis (art. 1656, CC)

Quanto aos débitos posteriores ao casamento, contraídos por um dos consortes caberá apenas a este a respectiva responsabilidade, salvo prova de que reverteram em proveito do outro (art. 1677, CC). E, se um dos cônjuges pagou dívida do outro, o valor respectivo deverá ser atualizado e imputado, na dissolução da sociedade, à meação do outro (art. 1678, CC). As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores a sua meação, não obrigam o outro, ou a seus herdeiros (art. 1668, CC).

Com a dissolução da sociedade conjugal, inter vivos ou causa mortis, será apurado o montante dos aquestos, excluindo-se da partilha conforme dispõe o artigo 1674: I) os bens sub-rogados no lugar daqueles já existentes antes do casamento; II) os bens que sobrevierem a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III) as dívidas relativas a esses bens. Há uma presunção *juris tantum* (admite prova em contrário) de que os bens móveis foram adquiridos durante o casamento (art. 1674, parágrafo único, CC). E, para a proteção de terceiros, presume-se que os bens móveis são de propriedade do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro (art. 1680, CC).

Com relação aos bens imóveis, será considerado proprietário o consorte cujo o nome constar do registro (art. 1681, CC). No entanto, impugnada a titularidade, haverá inversão do ônus da prova, já que caberá ao cônjuge proprietário provar a regular aquisição (art. 1681, parágrafo único, CC).

Ao determinar o montante dos aquestos, será computado o valor das doações feitas por um dos cônjuges sem a necessária autorização do outro, no monte partilhável, em valor da época da dissolução (art. 1675, CC). Além disso, incorporava-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento à meação, se

não houver preferência do cônjuge prejudicado, ou de seus herdeiros de os reivindicar (art. 1676, CC). Se um dos consortes pagou, com seu patrimônio dívida do outro, o valor desse pagamento deverá ser corrigido monetariamente e imputado, na data da dissolução do casamento a meação do outro cônjuge (art. 1678, CC). Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, será verificado o montante dos aquestos a data em que cessou a convivência (art. 1683, CC).

Em regra, dividem-se os bens, mas caso não seja possível ou conveniente a divisão, deve ser calculado o respectivo valor, de algum ou de todos, para que a reposição em dinheiro ao chamado cônjuge não-proprietário, que é aquele que não o adquiriu no curso do casamento, evitando-se o condomínio (art. 1682, CC) .

3.3.4 Regime da separação total de bens

É o regime em que cada cônjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento (art. 1687, CC). Portanto, existem dois patrimônios perfeitamente separados e distintos: o do marido e o da mulher.

Não há proibição de gravar ônus real ou alienar bens, inclusive imóveis, assim como a prestação de fiança, sem a autorização do outro cônjuge (art. 1647, CC). Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os bem de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele (art. 1687, CC). Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, exceto se houver estipulação em contrário através de pacto antenupcial (art. 1688, CC).

Assim como os bens, também não se comunicam as dívidas, quer anteriores ou posteriores ao casamento. Responde cada cônjuge, isoladamente, pelos próprios débitos. Mas as dívidas contraídas pelo cônjuge para a aquisição das

utilidades necessárias a economia doméstica, ou empréstimos para esse fim, sem comunicam (art. 1644, CC).

O regime de separação é legal ou convencional. É legal nas diversas hipóteses do artigo 1641 do Código Civil, por razões de ordem pública ou por ser exigido como sanção. Como dispõe esse artigo, é obrigatório o regime da separação obrigatória de bens no casamento:

- 1) das pessoas que celebrarem o casamento com infração das causas suspensivas (art. 1641, I, CC) , ou seja, do viúvo ou da viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros (art. 1523, I, CC). Todavia, não havendo bens a inventariar, ou se demonstrando que não haverá prejuízo para os herdeiros, não há que se falar em separação de bens (art. 1543, parágrafo único); da viúva, ou da mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, salvo se antes do prazo de a luz a algum filho ou provar a inexistência de gravidez (art. 1532, II e parágrafo único, CC); do divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha de bens do casal, exceto se provar a inexistência de dano matrimonial para ex-cônjuge (art. 1523, III e parágrafo único, CC); do tutor ou curador e dos seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa curatelada, enquanto não cessar a tutela ou a curatela, e não estiverem saldadas as respectiva contas, salvo se houver comprovação de ausência de qualquer prejuízo para a pessoa tutelada ou curatelada (art. 1523, IV e parágrafo único, CC)
- 2) da pessoa maior de 60 anos (art. 1641, II, CC); no entanto, se nessa hipótese suceder união estável de mais de 10 anos consecutivos ou da qual tenham nascimento de filhos, não se aplica a regra, podendo os nubentes, de acordo com o artigo 45 da Lei 6515/77, escolher livremente o regime de bens. A motivação para a imposição desse regime de bens é a proteção do sexagenário para evitar que o casamento se dê por interesse econômico.

Entretanto, existe entendimento contrário como observa Maria Helena Diniz⁵⁶; mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer os atos na vida civil,

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 165

logo parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função da idade avançada do nubente.

Divorciado desse ponto de vista Washington de Barros Monteiro⁵⁷ ensina que com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade aos casamentos daqueles que contam mais de sessenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito a liberdade, tutelado na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo que se quer, nos limites resultantes do ordenamento, especialmente no direito de família, que não vão dos impedimentos matrimoniais (art.1521, I a V), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1566, I). É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue.

3) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (arts. 1517, 1519, 1634, III, 1747, I e 1744, CC).

Examinou-se até agora a separação legal. Mas a separação pode ser convencional, quando adotada pelos cônjuges em pacto antenupcial (art. 1639, CC). Esse tipo de separação pode apresentar-se como pura ou absoluta e limitada ou relativa. A separação pura é a que estabelece a incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do matrimônio, inclusive frutos e rendimentos. A limitada torna incomunicáveis os bens presentes, comunicando, todavia, os frutos e rendimentos futuros.

Havia certa divergência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, a respeito da comunicação dos bens adquiridos na constância do matrimônio por mutuo esforço dos cônjuges. O novo Código Civil, no artigo 1641, veio dissipar essa dúvida ao prescrever, expressamente, que no regime obrigatório de separação de bens não haverá comunhão de aquestos.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito de família. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 217-218.

Com a dissolução da sociedade conjugal, cada um dos consortes retira seu patrimônio. Havendo óbito de um deles, o sobrevivente entrega aos herdeiros do falecido a parte deste. O novo Código Civil atribui o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado a residência da família, desde que seja o único dessa natureza a inventariar, também ao cônjuge casado pelo regime da separação absoluta de bens, convencional ou obrigatória (art. 1831, Código Civil).

4 SUCESSÃO CONSIDERAÇÕES GERAIS

4.1 Evolução Histórica

O termo direito sucessório teve sua origem com a transmissão de bens em razão da morte de alguém. As normas sobre a sucessão foram as que mais sofreram mudanças passando por vários estágios evolutivos até a situação atual, principalmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos sucessórios do cônjuge remanescente.

Pode-se dizer que as mudanças ocorreram sejam por motivos religiosos, socioeconômicos, filosóficos ou políticos.

Devido à existência de grupos sociais e por serem considerados sujeitos de direito não havia morte, e sim um constante renovação de membros, tornando desnecessária a idéia de sucessão, afinal não era considerado o indivíduo, e sim casta.

Nos primórdios, como ensinam Clóvis Bevilacqua⁵⁸ e Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira⁵⁹, quando a propriedade se enfeixava em torno da tribo e em que, cada membro do grupo compartilhava do patrimônio, não se poderia falar em transmissão hereditária ou sucessão, já que a morte não modificava a posse e a propriedade ocorrendo apenas substituição do chefe ou administrador e todos continuavam co-proprietários do solo, campos e rebanhos.

Com o passar do tempo houve a *individualização da propriedade*⁶⁰, tornando o sujeito, e não mais a coletividade, como titular do patrimônio, com os laços de afeição estreitados, tornou possível a transformação do hábito,

⁵⁸ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p.25.

⁵⁹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p.24.

⁶⁰ CAHALI, Francisco José. **Introdução ao direito das sucessões**. In CAMBIER, Everaldo. (Coord.). Curso Avançado de direito civil. 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 6, p.25.

posteriormente incorporado às legislações antigas, de reconhecer nos filhos um direito à herança dos pais.

Quando surgiu o conceito de família, nomeava-se a sucessão como dever de continuação do culto familiar, que era feito em honra e devoção aos mortos, e tinham o dever de ser do sexo masculino como também deveria ser o seu sucessor, cabendo ao filho varão o recebimento dos bens e sua conservação. Isto permaneceu por um longo período de tempo; o patrimônio pertencia à família, representada sempre pelo *pater* e, com sua morte, pelo primogênito do sexo masculino.

Assim, considerando o estreito relacionamento entre religião e propriedade⁶¹ com a morte do *pater* o varão assumia não só a direção dos cultos como, também, a administração da propriedade.

Nos tempos primitivos, como dito, a herança beneficiava apenas os varões, dentre eles o mais velho, era o direito a primogenitura, que vigorava nos povos do oriente. Não havia benefício de herança ao cônjuge nem a concubina.

Diferentemente do que se verificava no início dos tempos, em que a religião servia de base para a sucessão, a evolução do direito romano buscou a sua sistematização através da Lei das XII Tábuas (450 a.C) com o reconhecimento da sucessão legítima e testamentária.

A sucessão legítima somente era aplicada na ausência de testamento ou quando este era considerado nulo por inobservância de alguma solenidade. Diante disso, a sucessão era devolvida, seguidamente, a três classes de herdeiros: a) *sui* (herdeiros que se encontravam sob a autoridade do paterfamilia - filhos legítimos, adotados, a mulher⁶² sujeita ao poder marital e os netos, cujos os pais fosse pré-mortos ou já emancipados); b) *agnati* (parentes colaterais ligados pela linha exclusivamente masculina paterna, sendo o irmão consangüíneo, o tio que fosse filho do mesmo avô, sendo a herança entregue ao mais próximo no momento

⁶¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p.81-82.

⁶² BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1938, p. 145. Pelo direito romano decenviral, a mulher herdava do marido loco fliae; mas ao marido não se atribuía direito hereditário em relação a mulher, porque, a princípio, esta não tinha fortuna própria. Depois, com os casamentos livres, *sine manus conventione*, houve separação dos patrimônios e com ela a extinção do direito hereditário da viúva.

da morte; c) *gentiles* (pessoas do mesmo grupo familiar, agregados da família, sendo que os mais próximos precediam aos mais remotos).

Esta situação foi modificada no direito pretoriano passando a ser nos ensinamentos de Clóvis Bevilaqua⁶³ a seguinte: a) os descendentes, inclusive os filhos adotivos e sem qualquer sexo; b) os ascendentes em concorrência com os irmãos bilaterais; c) irmãos unilaterais consangüíneos; d) outros colaterais aplicando-se a regra de exclusão do grau mais remoto pelo grau mais próximo; e d) o cônjuge sobrevivente

No período imperial (Adriano, Marco Aurélio e Cômodo) a sucessão legítima está ligada unicamente ao parentesco natural⁶⁴ ficando a ordem da vocação hereditária da seguinte forma: 1) descendentes; 2) ascendentes, juntamente com os irmãos bilaterais; 3) irmãos consangüíneos; 4) outros parentes colaterais.

Cumprе ressaltar que no caso de ser o cônjuge sobrevivente mulher pobre e sem dote, poderia concorrer com os herdeiros regulares do marido fazendo jus a quarta parte sobre os bens, denominada *quota uxória*⁶⁵.

Por fim, em não havendo herdeiros da ordem de vocação hereditária o Estado (fisco) sucedia, conforme previsto na *lex Julia et Papia Poppea*, dada a ocorrência da *vacantia*.

Esse modo de chamamento dos herdeiros por classe em ordem de prioridade foi adotado na nossa legislação civil. As ordenações Filipinas, reinantes no Brasil até o advento do Código Civil de 1916 apresentava a seguinte ordem: a) descendentes; b) ascendentes; c) colaterais até o décimo grau; d) cônjuge sobrevivente e f) fisco.

Por oportuno, registra que além do cônjuge estar na quarta classe de herdeiros era exigência de que ao tempo da morte de seu consorte estivesse e vivesse juntamente com o marido em casa tеuda e manteúda⁶⁶.

Tal situação só mudou com a “Lei Feliciano Pena” (Lei nº 1.839/1907) que alçou o cônjuge ao terceiro lugar, à frente dos colaterais.

⁶³ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938 p.92.

⁶⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 3-4.

⁶⁵ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1938, p. 65.

⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 188-189.

O Código Civil de 1916 (art. 1.611) manteve o terceiro lugar, com os descendentes e ascendentes à frente do cônjuge supérstite.

A Lei nº 4.121, de 27.08.1962, influenciada pelo direito estrangeiro e refletindo as profundas mudanças experimentadas pela sociedade que influenciaram a família, acrescentou dois parágrafos ao art. 1.611 do Código Civil.

O primeiro instituiu o benefício do usufruto vidual⁶⁷ (art. 1.611, §1º), que deferia ao cônjuge sobrevivente o usufruto dos bens do falecido. Hoje está revogado e inexistente.

O segundo estabeleceu o benefício do direito real de habitação (art. 1.661, §2º) pela qual somente era possível se o cônjuge sobrevivente tivesse adotado o regime da comunhão universal de bens, desde que houvesse um único imóvel destinado a residência familiar. Por outro lado, perderia o direito real de habitação se o cônjuge viesse a convolar núpcias ou constituir união estável⁶⁸.

O novo Código Civil (Lei 10.406/2005) inova profundamente a matéria relativa a sucessão do cônjuge e do companheiro.

A alteração importante que interessa ao estudo do nosso trabalho é a colocação deste como herdeiro nas duas classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes dependendo do regime de bens do casamento e os ascendentes.

⁶⁷ “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. §1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus”

⁶⁸ O novo Código Civil, em seu art. 1.831, protege o cônjuge sobrevivo, garantindo-lhe o direito real de habitação, pouco importando o regime matrimonial de bens, desde que satisfeitos os requisitos legais. No entanto, é omissa a legislação a extinção do direito em caso do cônjuge sobrevivente convolar novas núpcias ou manter união estável.

4.2 Conceito

O estudo do direito sucessório nos remete à compreensão da palavra sucessão. Sucessão não é um termo unívoco, pois apresenta pluralidade de sentidos.

Inicialmente, a palavra sucessão de origem latina, significa, dentre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem.⁶⁹ Dá idéia de substituição de pessoas seja no desempenho de certa atividade, cargo ou função, como de uso na atuação política ou empresarial, ou na transmissão de bens pela substituição dos titulares, tal como no seu emprego nos negócios jurídicos, em que o alienante sucede o adquirente.

Em uma acepção *lata*, a palavra *sucessão* significa designar toda e qualquer espécie de transmissão de bens, direitos e obrigações, ou seja, transmissão através de ato *inter vivos* que deriva de disposição contratual entre as partes interessadas na realização de um negócio jurídico, como ocorre na compra e venda ou na doação de bens.⁷⁰ Já em seu sentido *estrito*, o termo corresponde à transferência do patrimônio de alguém, em razão de sua morte (*mortis causa*), aos sucessores⁷¹.

Neste diapasão, valem do conceito de Maria Helena Diniz ao afirmar que:

⁶⁹ Do verbo *succedere* (*succedo, succedís, successi, successum*, por sua vez originado de *sub* mais *cedo*: caminhar, ir embaixo de), vem suceder, no sentido de continuar, passar de um lugar para outro. Da mesma derivação, o substantivo *successum*, com idéia de sucessão não interrompida no tempo, além do significado paralelo de sucesso, acontecimento feliz.

⁷⁰ CAHALI, Francisco José Cahali. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6, p.19. É nesse sentido a lição do autor: "Sucessão, na acepção da palavra, em sentido amplo indica a passagem, a transferência de um direito de uma pessoa (física ou jurídica) para outra. A relação jurídica inicialmente formada por determinados titulares passa, pela sucessão, a outros".

⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.6, p.1. É nesse sentido a lição do autor: "No direito das sucessões, entretanto, emprega-se o vocábulo num sentido mais restrito, para designar tão-somente a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento (*hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit*").

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento (CC, art. 1.786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro.⁷²

4.3 Espécies de Sucessão

De acordo com Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, os critérios normais para a classificação da sucessão são dois: a origem da sucessão e o objeto sobre o qual recai⁷³. Em outras palavras, pode-se classificar a sucessão, consoante Francisco José Cahali, “quanto à fonte de que deriva” e “quanto aos seus efeitos”.⁷⁴

Quanto à sua origem, a sucessão pode ser testamentária e legítima.

Quanto ao objeto, temos a sucessão a título universal e a título singular.

a) Sucessão testamentária e legítima

A sucessão testamentária contém prescrições relativas à transmissão de bens, *causa mortis*, por ato de última vontade. É uma modalidade sucessória na qual aplica-se a regra prevista no testamento deixado pelo falecido⁷⁵.

Já quanto a sucessão legítima, aplica a regra descrita na lei. Refere a transmissão da herança às pessoas constantes da ordem de vocação hereditária, por direito próprio ou por direito de representação⁷⁶

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.3.

⁷³ Díez-PICAZO, Luiz; GULLON, Antonio. **Sistema de derecho civil: derecho de família, derecho de sucesiones**. 8. ed., Madrid: Tecnos, 2002, v.4. p. 306.

⁷⁴ CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6, p.41-42.

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 06, p.17. “Sistema da liberdade de testar limitada, adotado pela lei pátria, se o testador tiver herdeiros necessários, ou seja, cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes sucessíveis (CC, art. 1845 e 1.846), só poderá dispor da metade de seus bens (CC, art. 1.789)”.

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 7, p.8. “Quando não houver testamento ou no que sobejar dele, segue-se a ordem de

A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes trata de sucessão legítima prevista no art. 1829, I do Código Civil assim disposto “ defere-se 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.”⁷⁷

b) Sucessão a título universal ou singular

A sucessão será a título universal, segundo Francisco José Cahali, quando “caracteriza-se pela transmissão do patrimônio do defunto como um todo (*universitas iuris*), atribuindo-se de forma abstrata, aos sucessores, as respectivas partes ideais (ou quotas hereditárias, em percentual), podendo-se ser verificado tanto na sucessão legítima como na testamentária, esta última quando o testador institui herdeiro em favor da herança (p. ex. “deixo para João 30% da herança”). Também assim se dará a sucessão se o herdeiro, mesmo único, receber a integralidade da herança, assumindo, nestas condições, não em porção ou percentual, mas na totalidade as relações jurídicas antes tituladas pelo falecido, sub-rogando-se na sua posição.

Por sua vez, será a título singular, ainda de acordo com o autor, “quando implicar a transferência de bens determinados a pessoas determinadas. Dá-se apenas na sucessão testamentária, onde a disposição de última vontade contempla um ou vários beneficiários, com bem certo e determinado, como por exemplo, um terreno, ou uma caderneta de poupança, uma moto etc. O bem deixado denomina-se *legado*, e o beneficiado, legatário, substituindo o falecido apenas na coisa legada.”⁷⁸

vocação hereditária legítima, isto é, estabelecida na lei. Entre nós, portanto, podem conviver as duas modalidades de sucessão, o que não ocorria no velho Direito Romano. A vocação legítima prevalece quando não houver ou não puder ser cumprido o testamento”.

⁷⁷ Na equivocada referência ao artigo 1.640, parágrafo único, leia-se artigo 1.641 que trata do regime da separação obrigatória de bens.

⁷⁸ CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo; Revista dos Tribunais, 2007. v.6, p.42-43.

Quanto a origem a sucessão a título singular sempre será estabelecida em testamento, pois é necessário individualizar o bem a ser transmitido ao legatário. Já a sucessão a título universal pode ser tanto legítima como testamentária.

Quanto ao objeto a sucessão legítima ocorre sempre a título universal, sendo sucessor, obrigatoriamente, o herdeiro indicado por lei. Já a sucessão testamentária pode se dar a título universal ou a título singular, sendo sucessor, no primeiro caso, herdeiro testamentário e, no segundo, legatário.⁷⁹

4.4 Abertura da Sucessão e a Transmissão da Herança

O art. 1.784 do Código Civil prevê: “*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários*”⁸⁰

A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois somente ela determina a abertura da sucessão, segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz, uma vez que não se compreende sucessão hereditária sem o óbito do de cujus, pois não se pode falar em herança de pessoa viva. Com a morte do de cujus, automaticamente, sem solução de continuidade, transmite-se a propriedade e a posse de todos os bens do defunto aos seus herdeiros, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato. Essa transmissão, é portanto, automática, operando-se *ipso iure*.⁸¹

O Código Civil adotou o princípio da “saisine”, que é a transmissão imediata da herança do falecido aos herdeiros no momento da morte, sem ter uma formalidade legal, de modo que, no exato momento da morte, os herdeiros têm o direito de entrar na posse e no domínio dos bens deixados pelo falecido.⁸²

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, v.6, p. 20

⁸⁰ Artigo 1.572 do Código Civil de 1916: “Aberta a sucessão, o **domínio e a posse** da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Ao invés de domínio e posse, o Código Civil prevê simplesmente a transmissão da herança.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p.22.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**: 15.ed Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.19. Nos ensinamentos do Autor “*droit de saisine*, oriundo da

Vislumbra-se que o patrimônio objeto da herança em momento algum fica sem titular, uma vez que, antes da abertura da sucessão, proprietário é o *de cujus* e, posteriormente, com a sua morte, a titularidade é transmitida aos sucessores, aos herdeiros, ocorrendo uma mutação sujeito de direito, provocada pela morte do indivíduo.

Lopes Del Carril, menciona que com a abertura da sucessão o herdeiro recebe não apenas a propriedade sobre os bens que eram do falecido, mas também a posse, podendo, inclusive, exercer todos os interditos possessórios referentes à herança, mesmo que não tenha ainda, de fato, entrado na posse desses bens⁸³.

Registra, Maria Helena Diniz⁸⁴, que o legatário, em relação ao herdeiro legítimo ou testamentário, apresenta situação diferente, pois só entra na posse dos bens após a partilha, adquirindo a propriedade dos bens infungíveis desde a abertura da sucessão, e dos fungíveis somente depois da partilha, pois trata-se de um sucessor a título singular, já que seu direito sucessório se refere a bens determinados e precisos⁸⁵.

Finalmente, prescreve o art. 1.785 do Código Civil que a sucessão se abre no local do último domicílio do falecido, fixando-se o foro competente para o processamento do inventário e da partilha.

Podemos dizer que em nossa legislação é permitida a abertura da sucessão do ausente, pois o que se tem por objetivo nesta hipótese é a exclusão de inconvenientes decorrentes da ausência, evitando-se que o patrimônio se deteriore pela falta de seu titular, de maneira que essa proteção é de natureza patrimonial e não pessoal.

jurisprudência francesa, foi criado como uma resposta ao fato de, na Idade Média, com a morte do servo, devolvia-se a posse dos bens ao seu senhor, que exigia pagamento dos herdeiros para autorizar a sua imissão. Com o *droit de saisine*, o óbito gerava a transferência imediata da posse e da propriedade dos bens do *de cujus* aos seus herdeiros.”

⁸³ CARRIL, Lopes Del. **Derecho de las sucesiones**. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 14.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 25.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.7, p.18. Neste mesmo raciocínio segundo o autor: Em relação aos legatários, a propriedade dos bens infungíveis é adquirida no momento da abertura da sucessão, entretanto, quanto aos bens fungíveis, apenas com a partilha. A posse, em ambos os casos, deverá ser requerida aos herdeiros, e estes, por sua vez, só estarão obrigados a entregá-la no instante da partilha e depois de comprovada a solvência do espólio.

Em alguns casos, embora não se tenha o corpo, é presumida a morte. O modo de comprovação é baseado na presunção de sua ocorrência, em caso de grandes catástrofes, como naufrágios, incêndios, acidentes aéreos; sendo esses casos exemplificados, necessários provar o fato e a presença no local daquele cuja a morte se indaga, conforme artigo 88, da Lei nº 6.015/1973.

A aceitação da herança⁸⁶ é ato jurídico irrevogável pelo qual o herdeiro manifesta o seu interesse em obter para si aquilo que lhe é devido por força do falecimento do *de cuius*. Trata-se de ato meramente confirmativo (art. 1.804), pois é sabido que a transmissão da herança opera automaticamente, com a morte do de cuius, com decorrência do princípio de saisine.

4.5 Legitimação Sucessória

Como observa Francisco José Cahali, além da condição de herdeiro, invocada pela previsão na ordem legal ou pela indicação por testamento, subordina-se a transmissão causa mortis à legitimação / capacidade sucessória⁸⁷.

Primeiramente, a capacidade para suceder, ou legitimação, não se confunde com capacidade civil.

A legitimação para suceder é a aptidão para receber a herança. Esta qualidade é inerente, em regra geral, a toda pessoa humana, natural ou jurídica, ou seja, desde que ela exista no momento do óbito do de cuius, para que possa ocorrer efetivamente a sucessão. É imprescindível para ser herdeiro, para poder invocar o direito de herança, enquanto que esta última é a aptidão necessária para exercer pessoalmente os atos da vida civil.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 59. A autora define aceitação como: “ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, manifesta livremente sua vontade de receber a herança que lhe é transmitida. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão (CC, art. 1804).

⁸⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**: direito das Sucessões. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6, p.99

Assim, para verificar a capacidade sucessória, cumpre observar a ocorrência dos seguintes requisitos⁸⁸:

1) morte do de cujus⁸⁹, pois nesse momento é que ocorre a transmissão da propriedade e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários.

2) sobrevivência do sucessor, ao tempo do falecimento do autor da herança, o herdeiro deve estar vivo, ou concebido para que possa ocorrer a transferência da herança. Se o herdeiro estiver morto, o acervo hereditário é transmitido aos outros da mesma classe ou da classe imediata, se ele for o único.

A capacidade sucessória do nascituro (art. 1.798) é excepcional, segundo Orlando Gomes, porque somente se sucede se nascer com vida. Assim, verifica-se o estado de pendência da delação, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva⁹⁰.

Através de testamento poderão suceder as pessoas jurídicas (art. 1.799, CC), cuja organização foi determinada pelo testador sob a forma de fundação.

3) o herdeiro deverá pertencer a espécie humana, pois só o homem e as pessoas jurídicas por causa dos homens podem adquirir causa mortis⁹¹. Coisas inanimadas e animais não tem capacidade sucessória, porque não podem ser sujeitos de direitos.

4) Título ou fundamento jurídico do direito do herdeiro, pois para herdar deve-se atender à convocação da lei ou do testador (art. 1.786, CC). No entanto, o testador poderá dispor de parte de seus bens, respeitando os direitos sucessórios dos herdeiros necessários.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 43-45

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 46. É dessa forma, conforme o magistério da autora “nenhuma alteração legal, anterior ou posterior ao óbito, poderá modificar o poder aquisitivo dos herdeiros, visto que a lei do dia do óbito rege a sucessão e do direito sucessório do herdeiro legítimo ou testamentário.”

⁹⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 30

⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2003., p. 43-44. O autor destaca que: “a lei não distingue se a pessoa jurídica é de direito público ou de direito privado, pois ambas podem ser herdeiras ou legatárias, desde que tenham existência na época da abertura da sucessão”.

Assim, verifica-se que não poderão suceder, devido a ausência de legitimação, apenas os que já forem falecidos à época da abertura da sucessão e o indigno⁹², posto que, conforme acentua Orlando Gomes, “a indignidade equipara-se à premoriência”⁹³. O mesmo se diga em relação ao deserddado⁹⁴, que é privado da legítima por determinação do testador.

4.6 Meação e Herança: uma Distinção Necessária à Compreensão do Tema

É relevante neste item esclarecer os conceitos de *meação* e *herança* para exata compreensão dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. A depender do regime de bens o cônjuge terá direito a *meação*, com a sua possível participação na herança deixada pelo seu falecido consorte.

O dispositivo legal que regula a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes (art. 1829, I) tem causado graves distorções interpretativas, gerando os mais dispares entendimentos, pois o legislador no Código Civil parece ter confundido substancialmente.

No entanto, como se sabe meação e a sucessão não se confundem, assim vejamos a lição de Gustavo Rene Nicolau sobre ambos os conceitos:

O substantivo meação (derivado do verbo mear) nada mais é do que a simples atribuição dos bens a cada um dos cônjuges que unidos trabalharam (cada um em plano diferente) para construir o patrimônio que por ocasião da dissolução da sociedade conjugal (divórcio, separação judicial, morte e anulação) deverá ser partido ao meio, meado. A confusão se dá porque uma das hipóteses de dissolução da sociedade conjugal coincide com a premissa básica das sucessões: o falecimento. Assim,

⁹² BEVILÁQUA, Clovis Beviláqua. **Direito da sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983. p. 79. O autor ensina que: “Indignidade é a privação do direito hereditário cominada por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos a pessoa ou aos interesses do hereditando.” Exclusão por indignidade: art. 1.814 ao 1.818, do Código Civil.

⁹³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

⁹⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das Sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo; Revista dos Tribunais, 2007. p. 298. Ensina a autora que “Quando um herdeiro necessário é excluído da sucessão, por meio de testamento com fundamento em um dos motivos permitidos pela lei, a este ato se denomina deserdação.”

quando o caso irrompe para um dos cônjuges, o primeiro raciocínio jurídico que devemos elaborar é que metade dos bens adquiridos na constância do casamento deverá ser entregue nas mãos de seu verdadeiro proprietário, o cônjuge sobrevivente⁹⁵.

Portanto, a meação, sendo um direito próprio de cada cônjuge, não advém do falecimento de um deles. Advém do casamento e do regime de bens que o casal adotou.

Assim, falecendo, ou ocorrendo a separação judicial ou divórcio, o cônjuge a depender do regime de bens terá direito a meação, ou seja a parcela correspondente ao seu patrimônio próprio, e poderá também ter direito a uma parcela dos bens deixados pelo de cujus, concorrendo a com os descendentes (art. 1.829, I, CC), ou ascendentes (art. 1.829, II, CC), recebendo a totalidade da herança em não havendo as classes anteriores.

A herança corresponde ao objeto da sucessão *causa mortis*. Mais, específico, Orlando Gomes⁹⁶ “herança é o patrimônio do defunto, não se confunde com acervo hereditário⁹⁷ constituído pela massa dos bens deixados, porque pode compor-se apenas de dívidas, tornando-se passiva; é a coisa, não tem *nomen jùris*, mas sim, objeto de direito”.

A herança é representada pelo patrimônio deixado pelo falecido, compreendendo bens materiais, sejam eles móveis ou imóveis, os direitos e as obrigações que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários.

Os direitos personalíssimos, tais como por exemplo, o poder familiar, a tutela, a curatela e os direitos políticos são inerentes a própria pessoa e não se transmitem. Os herdeiros assumem as relações jurídicas patrimoniais do *de cujus* e os sucedem em seus bens, não em sua pessoa.

⁹⁵ NICOLAU, Gustavo René. **Verdadeiras modificações do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina. Disponível em : <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4041>>. Acesso em 20 de fev. 2008.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 06

⁹⁷ CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso de direito civil avançado: direito das sucessões**. 2. ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-32. vol. 06. O autor anota: “Integram o acervo hereditário não só os bens imóveis, como móveis (carros, jóias etc.) e qualquer outra relação jurídica de direitos e obrigações, como dinheiro, telefones, aplicações financeiras, ações ou quotas sociais, direitos possessórios (cf. art. 1.203, CC) (já em curso ou não eventuais processos, inclusive de usucapião), créditos perante terceiros (v.g., restituição de indenizatória ou de repetição de indébito) etc”.

Por fim, é de crucial importância ressaltar a indivisibilidade da herança, considerando-a uma universalidade de direito, indivisível até que se ultime a partilha de bens em sede de inventário ou de arrolamento.

4.7 O Cônjuge e a Ordem de Vocação Hereditária

Inicialmente, conforme os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, a ordem de vocação hereditária “é a distribuição dos herdeiros em classes *preferenciais*, conjugando as duas idéias de grau e ordem”⁹⁸.

O legislador do Código Civil ao elencar a ordem de vocação hereditária⁹⁹ no art. 1.829, mantendo a escala preferencial de sucessores, do antigo código (art. 1.603), prescreveu os descendentes como herdeiros de primeira classe, os ascendentes na falta daqueles e o cônjuge na falta dos anteriores, mas, no entanto permitiu ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer na herança com a classe dos descendentes e dos ascendentes, desde que observados determinados requisitos legais.

Assim a participação sucessória do cônjuge sobrevivente pode ocorrer de duas formas distintas, quais sejam a) em concorrência com os herdeiros da primeira ou da segunda classe, descendentes e ascendentes, respectivamente; b) como herdeiro exclusivo, por não haver sucessores das classes anteriores, herdando sozinho o patrimônio.

O cônjuge na condição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes (ar. 1845 do CC) tem direito a legítima, isto é a metade dos bens da herança¹⁰⁰.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 82

⁹⁹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p.86. O autor escreve que “O motivo por que a ordem de vocação hereditária tem variado tanto no correr dos séculos, é consequência lógica dos vários modos por que os diversos povos têm concebido e organizado o instituto familiar; sendo de notar que a posição dos indivíduos em referência às classe sucessíveis, se origina do matrimônio, dos laços de sangue e adoção.

¹⁰⁰ Oportuno distinguir herdeiro legítimo e herdeiro necessário. Legítimos são os que constam do rol do art. 1829 do Código Civil, que podem ser: necessários e facultativos. Necessários são os

A posição de destaque agora ocupada pelo cônjuge na qualidade de herdeiro necessário, no rol do art. 1.845, do CC é uma reivindicação antiga e justa da doutrina.

No entanto, apesar da importância aparece de forma modesta na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, assinada por Miguel Reale, em 16 de janeiro 1975¹⁰¹.

Miguel Reale, manifestou reforçando o motivo da inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, como caráter protetivo e acautelador de injustiças tendo em conta a prevalência do regime legal da comunhão parcial após a Lei n. 6.515, de 21.12.1977 (Lei do Divórcio)¹⁰².

Insta destacar que, por impropriedade técnica, deixou o legislador de contemplar, na ordem de vocação hereditária o direito de herança do convivente supérstite, decorrente da união estável tratada fora da ordem de vocação hereditária em um único dispositivo, art. 1.790¹⁰³.

Desta forma, o Código Civil conferiu direitos distintos aos casados e aos conviventes em flagrante ruptura com o sistema vigente, que aproximou os

descendentes, ascendentes e o cônjuge (e convivente, para alguns); facultativos são os colaterais até quarto grau.

¹⁰¹ REALE, Miguel. apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. “Com o regime legal de separação parcial com comunhão de aquestos, entendeu a Comissão que especial atenção devia ser dada aos direitos do cônjuge supérstite em matéria sucessória. Seria, com efeito, injustificado passar do regime da comunhão universal, que importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, para o regime da comunhão parcial, sem se atribuir ao cônjuge supérstite o direito de concorrer com descendentes e ascendentes. Para tal fim, passou o cônjuge a ser considerado herdeiro necessário, com todas as cautelas e limitações compreensíveis em questão tão delicada e relevante, a qual comporta diversas hipóteses que exigiram tratamento legal distinto.”

¹⁰² REALE, Miguel. O cônjuge no novo código civil. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 12 abr. 2003. Caderno 1, p. A2. É que, durante dezenas de anos viveu no Brasil, como regime legal de bens, o regime de comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre na herança, por já ser ‘meeiro’. Com advento da Lei n. 6.515, de 21.12.1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.

¹⁰³ São os seguintes os critérios de participação do companheiro na herança, conforme disposto no comentado artigo 1790: I – se concorrer com filhos comuns, receberá uma cota equivalente à cada filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, receberá metade do que couber a cada um; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – se não houver parentes sucessíveis, receberá a totalidade da herança.

institutos, já dito em capítulos anteriores. Aliás, por esta razão questiona-se a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil.

Essa questão já foi enfrentada pela magistratura paulista, cuja a ementa é a seguinte:

Agravo. Arrolamento de bens. Morte do companheiro. Ausência de ascendentes ou descendentes. Existência, porém, de colaterais noticiada pela própria companheira. União estável iniciada na vigência da lei 8.971/94 e que perdurou até o falecimento do companheiro. Fato ocorrido em 2004. Inaplicabilidade da disciplina sucessória prevista no Novo Código Civil. Atribuição à companheira sobrevivente do mesmo status hereditário que a lei atribui ao cônjuge supérstite. Totalidade da herança devida à companheira, afastando da sucessão os colaterais e o estado. Inaplicabilidade da norma do art. 1.790, III, do Código Civil em vigor. Recurso provido. (j. 02.06.2005, v.u. Relator: Des. Justino Magno Araújo)

5 SUCESSÃO DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

5.1 Requisitos Legais para o Cônjuge ser Herdeiro

A participação concorrente do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido apresenta uma séria dificuldade hermenêutica¹⁰⁴, devido a complexa e confusa redação dos arts. 1.829, I, e do art. 1.830 do vigente Código Civil.

Da leitura do dispositivo em questão, é de se observar que o legislador condicionou os direitos sucessórios do cônjuge a existência de requisitos legais.

O direito sucessório do cônjuge não é igual ao direito sucessório dos descendentes com quem vem a concorrer. Os descendentes são herdeiros necessários regulares, pertencentes a primeira classe de sucessão. O direito sucessório dos descendentes é incondicional. Já o cônjuge, sendo sucessor irregular, só será chamado a concorrer se preencher determinados requisitos legais.

Segundo classificação proposta por André Luis Adoni¹⁰⁵ os requisitos legais podem ser *genéricos* e *específicos*. Os requisitos legais *genéricos* são aqueles que o cônjuge terá que preencher para ser reconhecido o direito de participar na herança do seu cônjuge falecido, caso contrário lhe faltará título jurídico para receber a herança.

Menciona o autor que após o preenchimento dos requisitos legais *genéricos*, isto é do título jurídico passará a análise dos requisitos legais *específicos*

¹⁰⁴ CAHALI, Francisco José Cahali. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6, p.161. A respeito, o autor afirma que: "Porém, o legislador de 2002 foi extremamente falho na técnica, confuso na apresentação do tema, tumultuado na variada casuística de identificação da convocação, de acordo com elementos jurídicos ou situações fáticas (existência de bens particulares, separação de fato por culpa do falecido, existência de filhos comuns ou exclusivos, incidência de quinhão apenas sobre o patrimônio posterior à união etc.), e até injusto por, conforme a circunstância, deixar a união estável mais atraente que o casamento, para efeito sucessório em favor do viúvo, ou prever o direito sucessório de um cônjuge ao outro, mas não deste em favor daquele.

¹⁰⁵ ADONI, André Luiz. **Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: PUC – SP, 2005. 185. **Dissertação (Mestrado)** – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

referentes a observância do regime de bens do casamento adotado pelo casal em vida possibilitando, desta forma a concorrência com a classe dos descendentes.

5.1.1 Critérios legais *genéricos*

O legislador no art. 1.830 do Código Civil prescreveu que será permitido o cônjuge invocar direito de herança ou direito real de habitação, na qualidade de sucessor do *de cujus* se, ao tempo da morte do consorte, apresentava *capacidade sucessória*, conforme preceituado nos seguintes termos:

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.

Por conseguinte, o cônjuge somente sucederá o de cujus se, no instante da abertura da sucessão, encontrava-se:

1. casado de fato e de direito, com o *de cujus*, ou seja, não dissolvida a sociedade conjugal por separação judicial;
2. não estavam os cônjuges separados de fato há mais de dois anos;
3. se separados judicialmente ou de fato afastada será essa situação se a convivência se tornara impossível, sem culpa do sobrevivente (provada a inocência do cônjuge sobrevivente)

O art. 1.571 Código Civil prescreve que o com término da sociedade conjugal cessam os efeitos do casamento, pessoais e patrimoniais, incluindo os direitos sucessórios. O art. 1.830 menciona que a separação judicial é causa da extinção do direito sucessório do cônjuge sobrevivente, e conseqüentemente o divórcio, que não é somente causa de dissolução, mas também do vínculo conjugal, também exime qualquer pretensão sucessória do consorte, apesar do legislador não ter mencionado.

É de se observar de plano que o art. 1.830 traz no seu texto uma série de indagações e questionamentos que devem ser analisados para uma maior compreensão do tema, senão vejamos;

O que o legislador pretendeu dizer exatamente por separação? Quanto a separação extrajudicial prevista na Lei 11.441/2007 que instituiu a possibilidade da separação de um casal, se estes não tiverem filhos menores impede o direito sucessório do cônjuge sobrevivente?

Christiano Cassetari¹⁰⁶ explica em sua obra que o instituto que dissolve a sociedade conjugal chama-se separação, e que a nomenclatura separação judicial é apenas um *nomen juris* do instituto. Sendo assim, o autor faz uma proposta de classificação do estado civil de separado da seguinte forma:

A separação de *fato* é quando os cônjuges resolvem se separar por conta própria, enquanto que a de *direito* os cônjuges formalizam a separação por processo judicial¹⁰⁷ ou escritura pública¹⁰⁸.

Conclui, desta forma Cassetari que para distinguir a separação de fato daquela formalizada juridicamente propõe que se utilize a expressão *separado de direito* para aquele que fez a sua separação judicialmente ou extrajudicialmente, motivo que impede o direito sucessório do ex-cônjuge. Deve-se dar interpretação analógica e sistemática ao artigo 1.830 do Código Civil, para que ele abranja as duas hipóteses atualmente admitidas no Brasil

Quanto a separação judicial é necessário o trânsito em julgado da sentença? É suficiente uma medida cautelar de separação de corpos? Em caso de separação de fato a mais de dois anos, a quem competirá provar a ausência de culpa pela ruptura da vida em comum? Ao cônjuge sobrevivente ou aos demais interessados na herança? É suficiente a prova da sua não culpa ou somente a culpa do outro? E se não houver culpa de ninguém?

É necessário registrar, antes de mais nada, que a separação judicial só estará consumada com o trânsito em julgado da decisão que decretar a separação

¹⁰⁶ CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia. **Direito das sucessões**: direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.103-104.

¹⁰⁷ Quando os cônjuges realizam por processo judicial.

¹⁰⁸ Quando os cônjuges realizam através de escritura pública.

(litigiosa ou consensual) do casal, sendo somente esta situação suficiente para excluir o potencial direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Francisco José Cahali¹⁰⁹, Carlos Maximiliano¹¹⁰ e Maria Helena Diniz¹¹¹ compartilham deste entendimento, ou seja, de que é necessário o trânsito em julgado da decisão que decretar a separação.

No entanto, Orlando Gomes¹¹² entende não ser necessário o trânsito em julgado da sentença, bastando estar pendente de recurso.

Já na opinião de Orlando Gomes que é isolada – de que a separação judicial pendente de recurso já é suficiente para excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão do outro. No entanto, a doutrina segue o parecer de Caio Mário da Silva Pereira de que o direito sucessório do cônjuge só estará afastado depois de homologada a separação consensual ou passado em julgado a sentença de separação de separação litigiosa ou de divórcio direto.

Desta forma, a pendência de um litígio de separação (litigiosa ou consensual), ou mesmo a separação de corpos deferida em sede de medida cautelar, não é suficiente para excluir o potencial direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Contudo, o próprio legislador permitiu que, em casos de separação fática por prazo superior a dois anos, poderá o cônjuge sobrevivente ser chamado à sucessão, como herdeiro necessário, se comprovar que não deu causa à ruptura da vida em comum. Vai ser preciso demonstrar que o culpado pela separação de fato do casal foi o cônjuge falecido, morto e sepultado!

Por oportuno, tal possibilidade, demonstra-se contrária à jurisprudência dominante no Brasil, no sentido de que a separação fática rompe o regime de bens.

¹⁰⁹ CAHALI, Francisco José Cahali. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6, p.173: Pela literalidade do texto legal, a interpretação direciona-se no sentido de não bastar a pendência de ação, ou mesmo a sentença ou acordo homologado, sendo imprescindível o trânsito em julgado da decisão para privar o cônjuge do direito sucessório, adotando-se, pois, solução diversa de outras legislações

¹¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 189-190.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6 p. 118. Para a autora: afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão do finado consorte, é imprescindível não só a prova de dois anos ou mais de separação de fato, mas também a homologação judicial da separação judicial consensual e o trânsito em julgado da sentença, se litigiosa a separação.

¹¹² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. rev. atual. e aume. de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.64.

Ainda mais, conforme advertido por Francisco José Cahali esta norma encontra-se em desarmonia e retrocesso com outras regras do Código Civil, ou seja, com aquela que permite a configuração da união estável mesmo se um dos companheiros for casado, desde que separados de fato, sem referência a prazo (art. 1723, § 1º), bem como aquela que permite a indicação do companheiro como segurado se o contratante era, ao tempo da celebração do seguro, separado de fato, também independentemente do período da separação (art. 793), demonstra a inaplicabilidade da referida norma¹¹³. Sem falar na possibilidade de em dois anos já ser suficiente para a dissolução do casamento pelo divórcio independentemente de qualquer discussão sobre os motivos do rompimento.

Em um segundo momento, a lei silenciou vários aspectos quanto a comprovação da culpa, tornando uma situação de difícil solução prática, uma vez que essa discussão será realizada quando um dos envolvidos, já tiver falecido, obrigando que sua defesa seja realizadas pelos seus herdeiros.

Partilhamos do entendimento que a discussão da prova de culpa será em torno da demonstração da inexistência de culpa do cônjuge sobrevivente e não a comprovação de culpa do cônjuge falecido, através de ação específica (natureza declaratória), não podendo esta questão ser discutida nos autos do inventário, por se caracterizar como de alta indagação.

Passaremos agora a enfrentar a problemática sobre a quem cabe o ônus da prova da inexistência de culpa pela impossibilidade do convívio devido a inexistência de regra sobre o assunto.

Caso o cônjuge sobrevivente seja o demandante da ação declaratória de reconhecimento de direitos sucessórios com conseqüente condenação, caberá a ele o ônus da prova. Entretanto, em uma ação declaratória negativa, no caso dos demandantes forem os herdeiros do falecido, competirá a eles o ônus da prova, caso o cônjuge sobrevivente negue os fatos na contestação.

Outra questão muito comum a ser enfrentada nos dias atuais é a do cônjuge separado de fato há apenas um ano, já tendo constituído união estável, com

¹¹³ CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6, p.175.

o seu falecimento a quem caberá o direito sucessório? Ao seu ex-cônjuge, ao companheiro ou aos dois?

Apesar da legislação civil (art. 1.723, § 1º) possibilitar que a pessoa separada de fato constitua união estável, tal situação está em desconformidade com o preceito constitucional previsto no art. 226, § 3º da Constituição Federal, senão vejamos; “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A união estável de acordo com o preceito constitucional só é permitida com pessoas que estão sem impedimento legal para o casamento. A pessoa casada, a separada de fato e a separada judicialmente, estão proibidas de convolar núpcias de acordo com o art. 1.521, VI, do CC., pois só extingue o vínculo com a morte ou com o divórcio.

Christiano Cassetari, por considerar que o casamento se dissolve com o fim do afeto e não com a separação de direito discorda de tal posicionamento. Segundo o autor, a separação de fato já demonstra a inexistência de afeto entre o casal, motivo pelo qual seria impossível a possibilidade de concorrência entre cônjuge e companheiro.

O cônjuge terá direito a sua meação até a ocorrência da separação de fato. O companheiro a sua meação do período compreendido entre a separação de fato e a morte do companheiro. Entretanto, a herança será dividida somente entre os parentes do falecido em concorrência com o companheiro sobrevivente, pessoa escolhida pelo morto para constituir o relacionamento afetivo, de acordo com as regras do art.1790¹¹⁴.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão resolvem esta questão dividindo o patrimônio do falecido em dois montes: um que seria do cônjuge, incluindo os bens adquiridos na constância fática do casamento, e outro que iria para o companheiro, referente aos bens adquiridos onerosamente na união estável¹¹⁵.

¹¹⁴ CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia. **Direito das sucessões**: direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 104-105.

¹¹⁵ CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia. **Direito das sucessões**: direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 233-234.

5.1.2 Critérios legais específicos

Superada a análise dos critérios legais genéricos relacionados ao título jurídico do direito sucessório do cônjuge sobrevivente, segundo a classificação de André Luis Adoni, passaremos a analisar os critérios legais específicos relacionados ao regime de bens aliado à existência de patrimônio particular do falecido, preceituado nos seguintes termos:

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

Da leitura do dispositivo legal em questão verifica-se que configuram hipóteses de não concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes quando: casado no regime da separação obrigatória, no regime da comunhão universal de bens, ou no regime da comunhão parcial sem ter o autor deixado bens particulares. Registra que o legislador após mencionar separação obrigatória não usa a conjunção aditiva “e”, e nem vírgula, mas um ponto e vírgula¹¹⁷.

¹¹⁶ Erroneamente indicado o número do artigo, pois o correto é 1.641.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Ponto-e-Vírgula**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br>>. Acesso em: 16 set. 2008. Para a Autora tal posicionamento em seu artigo afirmando que: “em um primeiro momento o legislador ressalva duas exceções. Fazendo uso da expressão ‘salvo se’ excluía a concorrência quando o regime do casamento é do da comunhão universal e quando o regime é do da separação obrigatória. Ao depois, é usado o sinal de pontuação ponto e vírgula, que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas idéias. Assim, imperioso reconhecer que a parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial. Aqui abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência ‘se’ o autor da herança não houver deixado bens particulares. A contrario sensu, se deixou bens exclusivos, o cônjuge concorrerá com os descendentes”. Assim, na opinião da Desembargadora, se o casamento tiver sido celebrado no regime da comunhão parcial, e não havendo bens particulares, ensejaria hipótese de concorrência, já que o ponto-e-vírgula é usado para o seccionamento de idéias. Justifica a autora que só seria justo o cônjuge concorrer com o descendente, na hipótese do regime da comunhão parcial, quando não houver bens particulares, para que a mesma se dê nos bens comuns, que foram amealhados com o concurso de esforços entre o casal.

O entendimento majoritário da doutrina é que o ponto-e-vírgula descrito na norma possui sentido de vírgula, não estabelecendo seccionamento de idéias, mas junção de idéias.

Seguindo este raciocínio e com base em interpretação a *contrario sensu*, configuram hipóteses de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes quando casado no regime da participação final dos aquestos, separação convencional, ou da comunhão parcial se existentes bens particulares deixados pelo falecido.

Da interpretação apresentada podemos apresentar a seguinte regra de que: onde existe meação não existe concorrência aplicando-se ao regime da comunhão de bens, separação obrigatória e comunhão parcial de bens sem bens particulares.

Em contrapartida, onde não existe meação existe concorrência, aplicando-se a separação convencional, comunhão parcial de bens com bens particulares e participação final dos aquestos.

Em alguns países conforme previsto em seus Códigos Civis, Argentina (art. 3.570), Chile (art. 988), México (art. 1.624), Portugal (art. 2.139) e Itália (art. 581) não condicionam o direito concorrente de herança do cônjuge ao regime matrimonial.

5.1.2.1 Cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens

Conforme já dito em capítulo anterior, no regime da comunhão parcial de bens¹¹⁸ comunicam-se apenas os bens adquiridos durante o casamento, e a título oneroso. Assim, esses bens serão objeto de meação, quando da ocorrência da dissolução da sociedade conjugal, seja por separação judicial ou extrajudicial, divórcio ou morte de algum dos cônjuges.

¹¹⁸ A Lei do Divórcio – Lei nº 6.515, de 26.12.1977, entre tantas importantes mudanças, alterou o regime supletivo de bens do casamento. Da comunhão universal passou-se à comunhão parcial de bens. O art. 1640 manteve o regime da comunhão parcial de bens como o supletivo da vontade dos nubentes.

Por outro lado são considerados bens particulares os bens que cada um dos cônjuges possuíam ao casar. Além disso, também constituem bens particulares e, portanto, incomunicáveis os bens relacionados no art. 1659, em razão de sua fonte geradora e os bens cuja aquisição tiver por título causa anterior ao matrimônio.

Desta forma, na vigência do casamento existem três patrimônios diferentes: o da esposa, o do marido e patrimônio comum.

Pela legislação anterior, se um casal casado no regime da comunhão parcial de bens viesse a se separar ou em decorrência da morte de um dos cônjuges, seriam partilhados somente os bens comuns. Os bens particulares não se comunicavam com a separação, divórcio ou morte.

Entretanto, a única possibilidade do cônjuge sobrevivente participar era somente como herdeiro legítimo, na ausência de descendentes ou ascendentes do falecido, ou na hipótese de herança decorrente de testamento.

Com a inovação do art. 1829, I do CC o legislador procurou atribuir a concorrência do cônjuge quando não havia meação. Assim, no regime da comunhão parcial de bens existem duas situações: cônjuge casado no regime da comunhão parcial sem bens particulares do falecido e cônjuge casado no regime da comunhão parcial com bens particulares do falecido.

5.1.2.2 Regime da Comunhão Parcial de bens, sem bens particulares do falecido

Se o autor da herança não deixou bens particulares, os bens deixados são todos comuns e o cônjuge sobrevivente terá participação sobre eles, estando, portanto, protegido patrimonialmente.

Portanto, havendo meação no regime da comunhão parcial não há em que se falar em concorrência, sendo esta situação semelhante ao da comunhão universal de bens.

5.1.2.3 Regime da Comunhão Parcial de bens, com bens particulares do falecido

Quanto a esta situação existe muita discussão na doutrina em torno da seguinte questão: a participação do cônjuge é sobre a totalidade da herança (meação + bens particulares) ou somente sobre os bens particulares?

1ª Corrente: o cônjuge concorre somente sobre os bens particulares do falecido e não sobre os comuns

Verifica-se através do art. 1.829, I do CC que o legislador procurou atribuir a herança/concorrência do cônjuge sobrevivente sobre os bens em que ele não tem direito como meeiro, ou seja, sobre os bens particulares.

Miguel Reale justifica da seguinte forma:

Com o advento da Lei 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser do da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.

A esse respeito, vejamos os argumentos defendidos por José Luiz Gavião de Almeida¹¹⁹:

“A regra é que o cônjuge sobrevivo recolha na existência de bens particulares. Mas, por óbvio, tem sucessão concorrente apenas com relação a esses bens particulares, não os comuns, pois desses já retirou sua meação”

Essa conclusão, parece a mais lógica, somente averá concorrência do cônjuge nessa situação nos bens particulares

¹¹⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVIII, p. 227

No mesmo sentido posiciona-se Euclides de Oliveira¹²⁰:

Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre este, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma que se dá no regime da separação convencional de bens”

A concorrência do cônjuge somente sobre os bens particulares do de cujus evita que aquele seja beneficiado duplamente do mesmo acervo patrimonial, como herdeiro e como meeiro¹²¹. Este posicionamento é o majoritário na doutrina.

Por conseguinte, o cônjuge sobrevivente recebe *causa mortis* aquilo que não receberia com a extinção *inter vivos* da sociedade conjugal. Poderíamos dizer que a participação do cônjuge sobrevivente sobre os bens particulares do falecido seria uma vantagem ou prêmio por ter permanecido casado até a morte.

Há que se considerar que a intenção do legislador é de evitar que o cônjuge sobrevivente casado no regime da comunhão parcial de bens ficasse desprotegido no caso de ausência de bens comuns para serem partilhados, por ter o falecido deixado apenas bens particulares.

São adeptos desta corrente majoritária: Flavio Monteiro de Barros, Eduardo de Oliveira Leite, Christiano Cassetari, Francisco José Cahali, Gustavo René Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, Mario Luiz Delgado, Euclides de Oliveira, Sebastião Amorim, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Zeno Veloso, conforme tabela organizada com colaboração de Christiano Cassetari, Eduardo Alvian e Elisa Messias Paolucci, na obra de Francisco José Cahali¹²².

¹²⁰ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.108

¹²¹ Assim também se entendeu na III *Jornada de Direito Civil* promovida pelo centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 1 a 3 de dezembro de 2004, sob a coordenação do Ministro aposentado Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça. Enunciado 270 do Conselho da Justiça Federal estabelece que: “O art. 1.829, I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

¹²² CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no código civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2. p. 329.

2ª Corrente: o cônjuge concorre na totalidade da herança (meação + bens particulares)

Maria Helena Diniz explica que conforme disposto no art. 1.829, I, do CC:

Infere-se que se erigiu o regime matrimonial de bens do casamento como mero requisito ao direito de suceder do cônjuge, em concorrência com os descendentes do autor da herança. (...) Meação não é herança, pois os bens comuns são divididos, visto que a porção ideal deles já lhe pertencia. Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá a sua meação, se casado sob o regime da comunhão parcial de bens, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário¹²³.

São adeptos desta corrente minoritária, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto e Luiz Paulo Vieira de Carvalho, conforme tabela organizada com colaboração de Christiano Cassetari, Eduardo Alvian e Elisa Messias Paolucci, na obra de Francisco José Cahali, já mencionada.

3ª Corrente: o cônjuge concorre somente em relação aos bens comuns e não com relação aos bens particulares

Esta corrente é defendida por Maria Berenice Dias¹²⁴ em seu artigo denominado *Ponto-e-vírgula* a seguir transcrito: “Quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração em sua formação, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que participe o cônjuge desse acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente a herdar parte do patrimônio quando da morte do par”

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria geral do direito civil. 21. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6 p. 124.

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Ponto-e-vírgula.** Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>> Acesso em: 16 set. 2008.

Explica a autora que não haveria razão para a concorrência sucessória quanto aos bens particulares, porque não foram conseguidos com o esforço comum do casal. Agora quanto aos bens comuns, adquiridos na constância do casamento além do cônjuge ser meeiro, também deveria ser herdeiro em concorrência com os descendentes.

5.1.2.4 Cônjuge casado sob o regime da participação final dos aquestos

Conforme já mencionado anteriormente, o regime da participação final dos aquestos é um híbrido da separação de bens e da comunhão parcial de bens, pois os bens somente irão se comunicar após a dissolução do casamento com a apuração dos aquestos.

A interpretação que deve ser feita nesta situação de omissão, é de que no silêncio da lei o cônjuge concorrerá com descendentes do falecido, quando o casamento tiver sido celebrado sob o regime da participação final dos aquestos.

Tendo em vista, a existência de participação em certos bens (aquestos) e inexistência quanto a outros (bens particulares), três situações podem ser apresentadas:

1ª Situação: Todos os bens deixados pelo falecido são particulares. Nesta situação o cônjuge sobrevivente terá direito sucessório em concorrência com os descendentes.

2ª Situação: Todos os bens deixados pelo falecido são aquestos. O cônjuge sobrevivente não terá direito sucessório em concorrência com os descendentes.

3ª Situação: O falecido deixou bens particulares e bens comuns. Quanto aos aquestos, em que há participação de acordo com o regime de bens, não terá o cônjuge sobrevivente direito a participação em concorrência com os descendentes, mas quanto aos bens particulares, terá a concorrência sucessória.

Assim, entendemos que a delimitação da participação sucessória do cônjuge sobrevivente se restringe aos bens exclusivos do morto, para evitar que ocorra a participação do cônjuge na herança e na meação.

Ressalva que este posicionamento é minoritário, por ausência de previsão legal expressa neste sentido. Entretanto, o Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, já mencionado em linhas anteriores estabeleceu que: “O art. 1.829, I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando, casados no regime da participação final dos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

5.2 Cônjuge Casado Sob o Regime da Separação de Bens: Obrigatória e Convencional

5.2.1 Regime da separação obrigatória de bens

O regime da separação obrigatória de bens é imposto por lei, ou seja, de acordo com o art. 1.641 do CC, impõem-se o regime de separação se o casamento tiver sido celebrado com violação de causas suspensivas, na hipótese de matrimônio contraído por pessoa maior de sessenta anos e, ainda, em relação às pessoas que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Sendo assim, não seria coerente permitir que o cônjuge recebesse, a título de herança, os bens que não podiam comunicar-se no momento da celebração do casamento.

A primeira modalidade do regime da separação obrigatória de bens está abrangida pelas exceções do art. 1.829, I, pois a norma é expressa nesse sentido de que o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes.

Oportuno mencionar neste trabalho que na vigência do Código Civil de 1916 tanto o regime da separação convencional de bens sem exclusão expressa dos aquestos, quanto o da separação obrigatória não eram considerados regimes de separação absoluta de bens em decorrência de lei (art. 259 do CC/1916)¹²⁵ e a existência da Súmula 377¹²⁶ do STF.

Diante disso, há divergência doutrinária quanto a aplicação ou não da Súmula 377.

Partilhamos do entendimento de que o art. 259 do Código Civil anterior foi revogado e a Súmula 377 não têm mais aplicação com a vigência do Código Civil de 2002¹²⁷. O cônjuge casado no regime da separação obrigatória de bens não tem direito a meação dos bens comuns (adquiridos na constância do casamento) e nem direito a concorrência sucessória com os descendentes.

Neste mesmo sentido é o posicionamento do professor Francisco Cahali¹, na atualização a obra de Silvio Rodrigues ao acrescentar que: a súmula está superada e não é mais aplicável à separação obrigatória, que passa a ser um regime de efetiva separação de bens. Mesmo porque a sua origem remonta ao art. 259, que não encontra correspondente.

O posicionamento contrário¹²⁸ é de que a súmula afasta o enriquecimento se causa de um dos cônjuges em prejuízo do outro, pois a comunicação exige esforço comum do casal, ou seja, o marido trabalhando fora de casa e com isso adquirido patrimônio e a mulher cuidando do lar.

¹²⁵ Art. 259. Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.

¹²⁶ Súmula 377 do STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”

¹²⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28 ed. Atualizado por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 148.

¹²⁸ Neste sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** Direito das sucessões. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6, p. 345 e MADALENO, Rolf. Direito de família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 115.

5.2.2 Regime da separação convencional de bens

É importante mencionar que o legislador somente fez a restrição (exceção), de não concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com os descendentes (art. 1.829, I do CC) quanto ao regime da “separação obrigatória de bens”, sendo omissivo, portanto, quanto ao regime da “separação de bens”.

A interpretação que deve ser feita nesta situação de omissão, é de que no silêncio da lei o cônjuge concorrerá com descendentes do falecido, quando do casamento tiver sido celebrado sob o regime da separação convencional de bens. Além do mais, onde não há meação há concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente.

Existe posicionamento contrário a este entendimento de que fere a autonomia da vontade dos contraentes, pois o regime de bens escolhido pelos contraentes objetiva preservar os seus respectivos patrimônios incomunicáveis¹²⁹.

¹²⁹ Prevalece esse entendimento na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “Agravo de Instrumento. Inventário. Insurgência contra a decisão que incluiu o cônjuge sobrevivente como herdeira necessária do de cujus. Regime de separação convencional de bens. Art. 1.829, I do Código Civil de 2002. Interpretação sistemática de textos e princípios jurídicos. Abrangência dos arts. 1.513, 1.639, 1.641 e incisos, 1.647 e 1.687, do mesmo Código Civil, e arts. 1º e 5º da Constituição Federal. Efeitos e relevância da vontade manifestada pelo pelos cônjuges quando do casamento. Exercício da liberdade lhes é assegurada pela legislação civil e pela Carta Magna. Princípios da boa-fé e isonomia. Recurso provido. Ainda que o objetivo vetor das alterações introduzidas pelo Novo Código Civil de 2002 (art. 1.829, I) possa ter sido o de proteger o cônjuge sobrevivente, por certo, não há que interpretar esse dispositivo legal, de forma isolada e a qualquer custo e em todos os casos, senão de forma sistemática. Não existe, pois, justificativa plausível para aquilhoar àquele que por vontade própria se submeteu a um determinado regime que, quando obrigatório, exclui a participação na herança deixada pelo cônjuge pré-morto. Interpretação diversa viria em confronto aos princípios da boa-fé e da isonomia dos próprios cônjuges e das suas proles, posto que se privilegiaria sempre, de consequência, o cônjuge sobrevivente e sua prole, e estaria em desarmonia com diversos dispositivos legais e constitucionais, inclusive negaria os efeitos do exercício do primado da liberdade ‘alma da democracia’ na anotação de Aristóteles (Cf. Política, IV, 4, 1292^a), irmã genuína e inseparável da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, III e 5º caput). Quando determinado dispositivo legal confronta-se com o ordenamento jurídico, sua compreensão há de se fazer pela sua hermenêutica (sistemática), eis que ‘o meio sistemático, que implica não só o pressuposto de racionalidade do legislador como também no pressuposto de que a vontade do legislador seja unitária e coerente. Com base em tal pressuposto, podemos procurar esclarecer o conteúdo de uma norma, considerando-se em relação a outras’. (Noberto Bobbio, in *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, S. Paulo, Ícone, 1995, pág.214). ‘Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerência do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidade ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade’. (Carlos Maximiliano, in *‘Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense*, 1ª edição, 1988, pág. 166). Tal caminho interpretativo mais se impõe ao caso em exame, quando se

Mário Luiz Delgado¹³⁰, rebate dizendo que: “a afirmação que deve ser rechaçada é a de que, ao atribuir direito sucessório ao cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, teria o legislador invadido a autonomia privada e abalado os pilares do regime da separação por permitir a comunicação post mortem do patrimônio. (...) Não se trata de comunicação do patrimônio, não se podendo confundir regime de bens com direito sucessório. Com a morte extingue-se o regime e o que está em discussão é o direito do cônjuge a uma pequena parte da herança...”

Miguel Reale em artigo publicado pelo jornal O Estado de São Paulo, de 12 de abril de 2003, entende que não concorrem com os descendentes os cônjuges casados pelo regime da separação de bens, seja ela obrigatória (art. 1.641 do CC) ou convencional (art. 1.687 do CC), em razão de interpretação sistemática e não isolada do art. 1.829, a seguir transcrito.

Essa é a minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que, se o cônjuge casado no regime da separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime da separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.829, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática (...) “se no entanto, apesar da argumentação por mim desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inc. I do art. 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo ‘obrigatória’”.

Carlos Alberto Dabus Maluf¹³¹, defende que “com efeito, se o próprio articulista entende que deverá haver uma alteração legislativa para deixar claro que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens não é herdeiro necessário, nos é lícito concluir que enquanto não ocorrer a alteração por ele proposta o cônjuge que convolou núpcias no regime da separação convencional de

verifica que os próprios elaboradores do vigente Código Civil insurge-se contra a literalidade do disposto no art. 1.829, I. Texto que, ademais, encontra o repúdio das maiores eminências do pensamento jurídico nacional e da sociedade em geral, a indicar a sua indigência de legitimidade de origem, que deve ser sempre a expectativa geral dos seus destinatários”. (TJPR – 11ª C. Cível – AI 0316946-4 – Andirá – Rel. Des. Cunha Ribas - Unânime – J. 14.02.2007)

¹³⁰ DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 191-222, abr./maio 2005

¹³¹ DABUS MALUF, Carlos Alberto. **A sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime das separação convencional de bens**. Disponível em:

<<http://www.direitofamilia.net/?pagina=detalhaartigo&idartigo=64>. Acesso em: 16 set. 2008

bens é sim herdeiro necessário. De mais a mais, a norma em debate é clara e *'in claris cessat interpretatio'*. Assim, concluímos que o cônjuge sobrevivente casado sobre da separação convencional de bens é herdeiro necessário, não estando abrangido pelas exceções previstas no inciso I, do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 e, que só perderá ele esta condição quando ocorrer uma alteração legislativa.

Diante dessas considerações e partindo da premissa de que o fundamento do direito sucessório é a proteção do direito de propriedade em benefício da família do de cujus, da dignidade da pessoa humana, objetivando sempre uma função social, a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, neste tipo de regime matrimonial apresenta-se como tutela sucessória mais justa em relação ao cônjuge sobrevivo, para que ele venha herdar, naquelas hipóteses em que não é aquinhoado, por meio da meação¹³².

5.3 Cônjuge Casado sob o Regime da Comunhão Universal de Bens

No regime da comunhão de bens o cônjuge já é contemplado com a meação do patrimônio comum do casal, tornado-se desnecessário a concorrência com os descendentes, bem como justificada a restrição imposta.

O legislador ao não contemplar tal concorrência partiu do princípio de que, provavelmente, haverá patrimônio comum do casal para ser partilhado, quando da dissolução do casamento.

Entretanto, o legislador não vislumbrou a hipótese de não haver meação (quando não houver bens comuns), mas somente bens particulares do de cujus advindos de doação com cláusula de incomunicabilidade.

¹³² “Inventário. Partilha. Cônjuge sobrevivente. Exclusão devido ao regime de separação convencional de bens. Inadmissibilidade diante do artigo 1.829 do Código Civil. Agravo de Instrumento Provido. (TJSP, 9ª Cam. Dir. Priv. – AI 533.358-4/00 – São Paulo – Rel. Des. Piva Rodrigues - Unânime – J. 27.11.2007). Entretanto o Tribunal de Justiça já decidiu em sentido contrário: “Sucessão. Tendo o autor apelante casado com a ‘de cujus’ pelo regime da separação convencional de bens, incide na hipótese o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de/2002, equiparada a separação convencional à obrigatória, a impedir que o cônjuge sobrevivente ostente a qualidade de herdeiro. Artigos 1.829, I, 1.640, 1.641 ,I e II e III, todos do Código Civil de 2002. Ação improcedente. Recurso improvido” (TJSP, Apelação Cível 535.332.4/6-00, Des. Beretta da Silveira, j. 27.11.2007).

A esse respeito Francisco José Cahali, afirma que a coerência recomendaria que fosse deferida a sucessão ao cônjuge sobre os bens particulares, se a estes for restrita a herança do viúvo, a despeito da literalidade do texto ser de diverso conteúdo.¹³³

José Luis Gavião de Almeida, partilha do mesmo entendimento quando diz é equivocada a idéia de que o cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, sempre recebe. E na hipótese de não receber, o dispositivo deve ser entendido no sentido de que ficará ele privado da sucessão concorrente se houver patrimônio comum. Por outro lado, não havendo caberá quota na sucessão dos bens particulares do falecido¹³⁴.

A literalidade da lei não deve ser obstáculo para proteção hereditária do cônjuge. Diante de uma lei omissa, deve-se buscar no seu fundamento a norma necessária para levar a proteção justa buscando sobretudo sempre a funcionalização da família.

Do contrário o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens terá uma tutela patrimonial maior do que no regime da comunhão universal se o falecido deixar bens particulares incomunicáveis.

5.4 Delimitação da Incidência da Herança na Concorrência com os Descendentes

É de extrema importância delimitar a incidência da herança na concorrência com os descendentes, haja vista existência de dúvida na doutrina quanto a porção de que participará, em tal caso, o cônjuge, pois diante da lacuna da lei, não é possível concluir se concorrerá o consorte sobre a totalidade da herança ou, apenas e tão somente, sobre os bens particulares.

Conforme já dito em linhas anteriores, o art. 1829, I, prescreve em sua primeira parte que a participação concorrente do cônjuge na herança é a regra geral. Na segunda parte, estão as exceções a regra, ou seja, de não participação do

¹³³ CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**: 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 6, p. 169

¹³⁴ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII, p. 224.

cônjuge na herança deixada pela de cujus, quais sejam, se fossem casados no regime da comunhão universal, no da separação obrigatória de bens e, ainda no regime da comunhão parcial, se o falecido não tinha bens particulares.

Quanto aos demais regimes, o da separação convencional, o da participação final dos aquestos e, também, do a comunhão parcial, se existirem bens particulares deixados pelos falecido, por omissão legal e por interpretação a *contrario sensu*, o cônjuge concorrerá a herança.

Da análise da sistemática utilizada pelo legislador em prescrever hipóteses de concorrência e da não concorrência verifica-se que o marco divisor é o instituto da meação.

O legislador ao estabelecer o direito a concorrência deixou claro que seria um exagero beneficiar o cônjuge meeiro ainda com a herança, em detrimento dos descendentes do falecido. Por outro lado, nos casos em que o cônjuge sobrevivente não é contemplado com a meação, será assegurada a participação na herança, para evitar dificuldades materiais em razão do óbito¹³⁵.

Desta forma o cônjuge sobrevivente somente herdará se o falecido deixar bens particulares, bem como o seu direito de herança incidirá apenas sobre esses bens particulares.

Entretanto, cumpre ressaltar que o único caso que o cônjuge deixa de concorrer na existência de bens particulares é se for casado no regime da separação obrigatória de bens em consonância com a limitação imposta pela lei, já discutida no item anterior.

É de se verificar, portanto, a dificuldade de um indivíduo diante de um segundo casamento proteger o seu patrimônio em benefício de seus filhos, pois mesmo que opte pelo regime da separação convencional de bens ou até mesmo o regime da comunhão parcial de bens, haverá concorrência do cônjuge sobrevivente, neste patrimônio a título de herança.

¹³⁵ Na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, em dezembro de 2004, foi elaborado o Enunciado n. 270: “O art. 1.829, I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados no regimes da separação parcial ou participação final dos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringisse a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

A nova ordem sucessória ao guinar o cônjuge na posição de herdeiro necessário implicou em limitar a vontade do contraentes que com filhos e patrimônio não desejassem a comunicação.

O legislador acabou por super proteger o cônjuge sobrevivente em busca da proteção da família objetivando a função social do instituto, mas por outro lado culminou diminuição da autonomia da vontade em desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, não há forma legal para excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão sobre o patrimônio particular do falecido, pois trata-se de herdeiro necessário. Entretanto, a única saída para o indivíduo que deseja constituir segundo casamento ter protegido o seu patrimônio em benefício da sua prole é a utilização da liberdade de testar correspondente a 50% (metade de seu patrimônio), a denominada parte disponível.

6 CÁLCULO DO QUINHÃO HEREDITÁRIO

6.1 Cálculo do Quinhão do Cônjuge, Conforme a Origem dos Descendentes

O artigo 1.832 do Código Civil estabelece a forma de atribuição dos quinhões no concurso entre cônjuge e descendentes.

Art. 1832. Em concorrência com descendentes (art. 1829, inciso I), caberá ao cônjuge quinhão igual dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

O dispositivo determina como regra que o cônjuge herdará quinhão igual ao dos descendentes que sucederam por cabeça. Entretanto, o artigo faz uma ressalva: a quota do cônjuge não poderá ser inferior a $\frac{1}{4}$ (25%) da herança se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

Há duas situações prevista na lei:

1. Descendentes Comuns: O cônjuge é ascendente dos herdeiros com quem concorrer
2. Descendentes Exclusivos: O cônjuge não é ascendente dos herdeiros com quem concorrer

Quanto a filiação híbrida hipótese em que o cônjuge concorre com filhos comuns e exclusivos do autor da herança ao mesmo tempo não foi prevista pelo legislador. Trata-se de uma das maiores polêmicas envolvendo o Direito Sucessório atual. Haveria ou não a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança para o cônjuge?

Resta oportuno, lembrar que a participação do cônjuge sobrevivente, em concorrência com os descendentes, está circunscrita aos bens particulares, pois, conforme já sustentado anteriormente, quanto ao patrimônio comum do casal, o

cônjuge sobrevivente já é meeiro, podendo-se, inclusive, se tal não ocorrer, verificar a situação de enriquecimento sem causa, em prejuízo dos descendentes.

6.1.1 Concorrência com descendentes comuns

O artigo na segunda parte estabelece exceção a regra da partilha da herança por cabeça. No caso do cônjuge ser ascendente dos descendentes, concorrendo com filhos comuns dele e do falecido, o seu quinhão não poderá ser inferior a um quarto da herança (25%), sendo uma garantia de quota mínima.

Registra-se que esta regra de exceção somente prevalecerá se a concorrência se der em relação a quatro descendentes ou mais, pois se o número de descendentes foi inferior a esse, a divisão será feita por cabeça, respeitando a garantia da quota mínim

Frisa-se mais uma vez, que o cônjuge concorrerá com os descendentes em pé de igualdade ou na forma da reserva de um quarto, somente sobre os bens particulares do falecido, e não sobre todo o acervo hereditário. Os bens oriundos da meação, pertencentes ao falecido, no caso de existirem, somente integrarão a herança apenas dos descendentes.

6.1.2 Concorrência com descendentes exclusivos do morto

Se os descendentes forem exclusivos do morto, ou seja, de oriundos de um outro casamento, por interpretação a *contrario sensu*, a partilha será sempre por cabeça, mesmo se os descendentes forem em número superior a três. Assim, se o cônjuge concorrer com cinco filhos apenas do falecido, a herança será dividida em seis partes iguais, já que a quota mínima não se aplica.

A diferença entre filiação comum e a filiação sucessória só surge a partir do momento em que deixa o falecido 4 filhos (descendentes) ou mais.

Diante disso, conclui-se que quando concorre com filhos exclusivos do autor da herança, terá o cônjuge menor participação nos bens deixados, se comparado a hipótese em que concorre com os descendentes comuns com a garantia do piso de 25%.

6.1.3 Concorrência com descendentes híbridos

O legislador no art. 1.832 não prevê a situação de concorrência do cônjuge com descendentes híbridos (filhos comuns e filhos exclusivos do falecido). Diante disso, na existência de filhos comuns e filhos exclusivos seria mantida a quota mínima em favor do cônjuge sobrevivente?

Para resolver esta questão a doutrina tem apresentado três soluções a seguir descritas:

1ª Corrente: SIM – No caso de descendentes híbridos há a reserva de ¼ da herança

Francisco José Cahali, que bem ilustra a questão “sendo a prole só do falecido a participação é uma; mas se o sobrevivente for *ascendente dos herdeiros com quem concorrer*, está abrangida a situação híbrida, devendo pois, ser reservada sua parcela mínima de ¼ na herança, pois não fala a lei em ascendente de todos os herdeiros com quem disputar, ou único ascendente dos sucessores”¹³⁶ (grifos no original).

Silvio da Salvo Venosa afirma que “se, porém, concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do de cujus, há que se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte”¹³⁷

¹³⁶ CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6, p. 216

¹³⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, v.7.

Partilhamos deste entendimento de que a lei não fez exigência que concorresse com a totalidade dos descendentes para ter a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança. Assim, existência de um descendente comum já é suficiente para possibilitar a reserva de $\frac{1}{4}$, tendo em vista o objetivo do legislador que foi de proteger o cônjuge.

2ª Corrente: NÃO – No caso de descendentes híbridos não há a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira explicam que: “Pode-se interpretar a disposição do art. 1.832 em caráter restritivo, ou seja, de que o cônjuge somente terá assegurada a quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros. Assim, havendo outros herdeiros em concurso, ao cônjuge caberá quota igual a cada um dos descendentes, sem a reserva daquela fração mínima. Tal solução, além de manifesta simplificação da partilha, resguarda o direito de igualdade dos filhos na percepção de seus quinhões hereditários”¹³⁸

Para Mário Luiz Delgado, a intenção do legislador “foi beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos. Se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique em eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes trará maiores prejuízos, uma vez que o montante a maior destinado ao cônjuge terminarão herdando parte dos bens que ficam reservados ao cônjuge sobrevivente”¹³⁹

Maria Helena Diniz entende que “surge aqui uma lacuna normativa a ser preenchida pelo critério apontado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que é o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6º), consagrado pelo nosso direito positivo. Se assim é, só importa, para fins sucessórios, a relação de filiação com o de cujus (autor da herança) e não a existente com o cônjuge supérstite. Por isso, para que não haja cotas diferentes entre os filhos do falecido, diante da omissão legal, parece-nos que este deveria receber quinhão igual ao dos filhos exclusivos, que herdaram por cabeça, não se

¹³⁸ AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões, teoria e prática. 18. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2008. p 99.
¹³⁹ DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 191-222, abr./maio 2005.

aplicando a quota hereditária mínima de $\frac{1}{4}$.(...) Assim, sendo ante a lacuna normativa, aplicar-se-ia o princípio geral do direito constitucional da igualdade jurídica dos filhos (LICC, art, 4º) e o critério do justum (LICC, art. 5º)”¹⁴⁰.

Essa interpretação é a que prevalece, sendo também adeptos dessa corrente: Christiano Cassetari, Guilherme Calmon da Gama, Gustavo Rene Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, Inácio de Carvalho Neto, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Zeno Veloso, de acordo com a tabela de Francisco Cahali ¹⁴¹.

3ª Corrente: Composição pela solução híbrida, subdividindo-se proporcionalmente a herança. Podemos citar as seguintes teorias:

A teoria de Eduardo Oliveira Leite propõe “uma composição pela solução mista, dividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes, com posterior abatimento da reserva na quota dos herdeiros comuns”¹⁴²

1º Passo – Divisão da herança entre todos os filhos

2º Passo – Divisão da herança em dois blocos: A) sub-heranças dos filhos comuns e B) sub-herança dos filhos exclusivos

3º Passo – Sobre a soma dos valores do bloco A (sub-herança dos filhos comuns) incidiria a reserva de $\frac{1}{4}$ do cônjuge.

Segundo o autor a hipótese sob comento atende o preceito constitucional (art. 227, § 6º), quanto a legislação infraconstitucional (art. 1.832 do CC). (...) Como se percebe, a composição matemática atende a todos os preceitos

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6, p. 129

¹⁴¹ CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no código civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2, p. 329

¹⁴² LEITE, Eduardo de Oliveira. **A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges**. Questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v. 1, p. 459

legais envolvidos (arts. 1.829 e 1.832), garantindo a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos descendentes, conforme determina o texto legal”¹⁴³

Entretanto, os filhos exclusivos receberão mais que os filhos comuns não desobedecendo a igualdade constitucional.

A teoria apresentada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hinoraka¹⁴⁴:

- 1º Passo: Divisão da herança entre todos os filhos
- 2º Passo: Divisão da herança em dois blocos: A) sub-heranças dos filhos comuns e B) sub-herança dos filhos exclusivos
- 3º Passo: A sub-herança que fosse destinada a compor os quinhões hereditários dos filhos exclusivos seria dividida em quotas quantos fossem os herdeiros desta classe, mais uma destinada ao cônjuge sobrevivente
- 4º Passo: A sub-herança destinada a compor os quinhões hereditários dos descendentes comuns seria dividida em quotas quantos fossem os herdeiros desta classe, mais uma destinada ao cônjuge sobrevivente
- 5º Passo: Soma-se os quinhões do cônjuge nas sub-heranças A e B
- 6º Passo: o valor da Somatória das sub-heranças é superior a 25%?
- 7º Passo: se sim este valor será correspondente a quota do cônjuge na sucessão
- 8º Passo: caso seja negativa a resposta o valor da diferença deverá ser descontado da quota dos filhos comuns até consolidar o equivalente a 25% do total da herança.

A Teoria de Flávio Augusto Monteiro de Barros é apresentada da seguinte maneira:

- 1º Passo: divide-se a herança pelo soma dos herdeiros, ou seja, o total de filhos e cônjuge.
- 2º Passo: subtrai-se da herança a parte dos filhos exclusivos.
- 3º Passo: Apura-se $\frac{1}{4}$ sobre a herança, sem a parte dos filhos exclusivos, encontrando, deste modo, o quinhão do cônjuge
- 4º Passo: Subtrai-se da herança a parte do cônjuge, dividindo o resultado pelo número de filhos.

¹⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges**. Questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v.1, p.460

¹⁴⁴ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

Qualquer das formas apontadas tem seus pontos benéficos e críticos, portanto, o ideal seria que o legislador ordinário revisasse a construção legal do diploma civil¹⁴⁵, reformulando o dispositivo, solucionando este questionamento.

¹⁴⁵ O Projeto de Lei 4.944/2005, do Deputado Antonio Carlos Biscaia consigna os estudos do IBDFAM (Instituto de Direito de Família) pretendia promover a seguinte alteração do art. 1.832: “Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça”. Todavia, o PL 4.944/2005 foi arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

CONCLUSÃO

Do estudo do presente trabalho, apresentamos as seguintes conclusões:

1. Considerando a dificuldade hermenêutica devido a complexa e confusa redação do Art. 1.829, inciso I se fez necessário, antes de adentrar ao tema um estudo preliminar acerca dos métodos de interpretação e seu atual modelo.

2. Iniciando o desenvolvimento do trabalho foi apresentado o conceito jurídico de família no Código Civil de 1916, como limitado e taxativo, pois tratava o instituto do casamento como única forma de criar família legítima e legitimar os filhos comuns. As relações de fato surgidas fora do casamento não recebiam reconhecimento jurídico.

3. O casamento tinha como finalidade a procriação, a mútua assistência, inclusive econômica, o dever de educar e manter a prole e o estabelecimento de vínculos patrimoniais (regime de bens).

4. A felicidade, a dignidade era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo, pois o divórcio era proibido.

5. A evolução do capitalismo, a industrialização, a organização da produção implicou num complexo de transformações produzindo mudanças na família, e na vida das mulheres e homens.

6. A primeira conquista da mulher foi com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) pela qual aboliu a incapacidade feminina. Logo após, a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) possibilitou aos cônjuges por fim ao casamento, privilegiando a mulher a faculdade de usar ou não o nome patronímico do marido, e também equiparou os filhos ilegítimos.

7. A mudança revolucionária ocorreu com a Constituição Federal de 1988, atribuindo à família um conceito plural.

8. Assim, não é mais possível, hoje, analisar o direito de família, sem antes estudar o art. 226 da CF que introduziu as seguintes regras fundamentais: a)

a conceituação da família como base da sociedade e sob a proteção do estado (art. 226, caput); b) a instituição da família pelo casamento (§1º); c) a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (§5º); d) a dissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio (§6º); e) a paridade de direitos entre os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, §6º). Além disso, a Constituição reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º), bem como a união estável entre homem e mulher, esta para proteção do estado (§3º), a par de outras regras sobre deveres da família, sobre planejamento familiar, sobre adoção e sobre mecanismos de defesa do menor e do idoso (arts. 226 e 227 e seus parágrafos).

9. Por outro lado, não podemos deixar de ressaltar a importância que o legislador constituinte estabeleceu como diretriz de todo ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana (art 1º, III, CF).

10. Logo, o conceito moderno de direito de família em consonância com os princípios constitucionais devem ser protegidos em atendimento a função social objetivando a dignificação de seus membros.

11. Verifica-se, atualmente, que a relação de “afeto” e “família” está entrelaçada, em decorrência do fenômeno denominado despatrimonialização ou personalização do Direito Civil em que, ao contrário do revogado Código Civil de 1916, onde prevaleceriam os interesses patrimoniais, agora, no atual Código Civil, prevalece o elemento “afetividade”, nuclear e monopolizador, com destaque à dignidade humana, sendo a pessoa o objetivo maior da tutela jurídica.

12. Por sua vez, a ligação entre sucessão legítima e o direito de família é íntima, vez que os herdeiros que integram a ordem de vocação hereditária, bem como a ordem de chamamento, são definidos pelo modelo de família vigente em cada momento histórico.

13. O Código Civil de 2002 modificou o ordenamento jurídico sucessório, principalmente no que se refere as alterações na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, inciso I) possibilitando a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes. Em contrapartida, o cônjuge não tem mais direito ao usufruto vidual sobre parte dos bens do falecido devido a revogação do Código Civil de 1916.

14. Por outro lado o benefício do direito real de habitação foi mantido independente do regime de bens do casamento, no tocante ao imóvel considerado como residência da família. No entanto, este benefício será extinto se o cônjuge não permanecer no estado de viuvez.

15. A intenção do legislador com esta nova sistemática foi privilegiar o cônjuge sobrevivente colocando-o como herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e ascendentes, através do preenchimento de critérios legais genéricos e critérios legais específicos.

16. Quanto aos critérios legais genéricos referente a titularidade jurídica/ capacidade sucessória do cônjuge receber a herança, dependerá se no instante da abertura da sucessão:

- 1) encontrava-se casado de fato e de direito, com o de cujus, ou seja, não dissolvida a sociedade conjugal por separação judicial e nem divorciado.
- 2) não estavam separados de fato a mais de 02 anos
- 3) se estiverem separados de fato a mais de dois anos afastada será essa situação se a convivência tornou impossível sem culpa do cônjuge sobrevivente.

17. Através da seguinte regra de que onde existe meação não existe concorrência com os descendentes, em contrapartida onde não existe meação existe concorrência com os descendentes, concluímos que:

1. o cônjuge concorrerá com o descendente: a) quando o regime de bens for o da comunhão parcial de bens, desde que haja bens particulares, b) separação convencional de bens; c) participação final dos aquestos.
2. o cônjuge não concorrerá com o descendente a) quando o regime de bens for o da comunhão parcial de bens, sem bens particulares, b) quando o regime for o da comunhão universal de bens, c) quando o regime for da separação obrigatória de bens.

18. Entendemos que o direito de herança do cônjuge, incide apenas sobre os bens particulares, ou seja, se existirem bens comuns, oriundos do falecido na meação dos aquestos, estes integrarão apenas a herança dos descendentes.

19. No que se refere a quota mínima de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge sobrevivente (art. 1.832 do CC) diante de uma situação híbrida, ou seja se existirem descendentes comuns e exclusivos do falecido, partilhamos do entendimento de que no caso de descendentes híbridos há a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, uma vez que a lei não fez exigência que concorresse com a totalidade dos descendentes para ter a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança.

20. Por conseguinte, diante do importante papel que a família exerce na formação do indivíduo na sociedade o legislador na tentativa de proteger os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, através do art. 1.829, inciso I acabou por cometer impropriedades técnicas ocasionando conflitos de normas e omissões, nas quais caberão aos juízes, através da jurisprudência e aos estudiosos do direito a difícil tarefa de interpretar estes dispositivos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADONI, André Luiz. **Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: PUC – SP, 2005. 185. **Dissertação (Mestrado)** – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed., rev., atual. e aume. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões, teoria e prática. 18. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado**: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, v. 750.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

_____. **Direito das sucessões**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.6.

_____. **Família e sucessões no código civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 2.

_____. **Introdução ao direito das sucessões**. In CAMBIER, Everaldo. (Coord.). Curso Avançado de direito civil. 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. vol. 6.

_____. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Francisco José; HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

_____; _____. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo; Revista dos Tribunais, 2007.

CARRIL, Lopes Del. **Derecho de las sucesiones**. Buenos Aires: Depalma, 1991.

CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia. **Direito das sucessões**: direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTRO, Adriana Mendes Oliveira; STURMER, Amélia Balduino ; ELESBÃO, Elsita Collor. **Gênero e família**: uma visão integrada do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COELHO, Fernando L. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DABUS MALUF, Carlos Alberto. **A sucessão do cônjuge sobrevivente casado no regime das separação convencional de bens**. Disponível em: <<http://www.direitofamilia.net/?pagina=detalhaartigo&idartigo=64>. Acesso em: 16 set. 2008.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 7. n. 29, p. 191-222, abr./maio 2005

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Ponto-e-vírgula**. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br>> Acesso em: 16 set. 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLON, Antonio. **Sistema de derecho civil**: derecho de família, derecho de sucesiones. 8. ed., Madrid: Tecnos, 2002, v.4.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 21. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito civil: direito das sucessões.** São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Sucessões.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Sucessões.** 12. ed. rev. atual. e aume. de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Direito de família.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** São Paulo: Saraiva, 2007. v.7.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge, na sucessão dos descendentes.** Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; ANDRIOTTI, Caroline Dias. **Breves notas históricas da função social no Direito Civil.** Função Social no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges.** Questões controvertidas. São Paulo: Método, 2003. v. 1.

_____. **Famílias Monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **A repersonalização das relações de família.** Jus Navigandi, n. 307, 10 de mai. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em 19 jul. 2007.

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

MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 189-190.

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

_____. **Curso de direito civil: direito de família.** 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, A. Castanheiras. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

NICOLAU, Gustavo René. **Verdadeiras modificações do novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina. Disponível em :
<<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4041>>. Acesso em 20 de fev. 2008.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 7.

REALE, Miguel. apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 7 de julho de 2003**. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo código civil. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 12 abr. 2003. Caderno 1, p. A2.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SCHIPANI, Sandro. **La codificazione del diritto romano comune**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 83 e segs.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. **Comentários a lei de introdução ao código civil**. 2. ed. Belém: Unama, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6.

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003, v.7.

_____. **Curso de direito civil:** direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6, p.338.

_____. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 7.

WALD, Arnaldo. **Novo direito de família.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZACCARIA, Francesco Viola-Giuseppe. **Diritto e interpretazione.** 2. ed. Roma-Bari: Laterza: 2000.

BIBLIOGRAFIA

ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, v. 1

_____. **Sucessões**: legítima, testamentária, inventários e partilhas. São Paulo: Malheiros, 2006

AMARAL, Francisco. **Direito civil Introdução**. 6. ed., São Paulo: Renovar, 2006.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas**. 9. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995.

ASCENSÃO, José Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

AZPIRI, Jorge. **O Derecho sucesorio**. 4. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do principio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3. ed. atual. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

_____. **Direito das Sucessões**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

_____. **Direito das sucessões**. Campinas: Rio de Janeiro: Red Livros, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Des. Critères pour resoudre lês antinomies**. In: PERELMAN, Chaim (Coord.) . Lês antinomies em droit. Bruxelles: Émile Bruylant, 1965.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. ver., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v.6.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v.1

_____. **Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2.

_____. **União Estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, v. 1.

CAMPANHOLE, Adriano, CAMPANHOLE. Hilton Lobo. **Todas as constituições do Brasil**. 2. ed. , São Paulo: Atlas, 1976.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito de família e das sucessões**. 2. ed. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2005.

CARRIL, López Del. **Derecho de las sucesiones**. Buenos Aires : Depalma, 1991

CARVALHO NETO, Inácio de. A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 15, out.-dez. 2002.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. A união estável no Código Civil de 2002. **Revista Autônoma de Direito Privado**. Curitiba, n. 1, out./dez. 2006.

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

DELGADO, Mário Luiz. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente**. Uma proposta de harmonização do sistema, in *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo : Método, 2006, v.3.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 2007. v. 1.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.4

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.6

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 1988

_____. **Conceito de norma jurídica como problema de essência.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Conflito de normas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Conflito de normas.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1-4.

_____. **As lacunas no direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada.** 9. ed. adaptada à Lei n. 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Novo Código Civil comentado:** livro complementar: disposições finais e transitórias. In: FIUZA, Ricardo (Coord.) Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo P. **Código civil comentado.** Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v.15.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Antinomia.** In: Enciclopédia Saraiva do Direito . São Paulo: Saraiva, 1978, v.7.

_____. **Ciência do direito.** In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 29.

_____. **Introdução ao estudo do direito:** técnicas, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes. **Comentários ao Código Civil:** parte especial – do direito das sucessões. Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v.20.

_____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. **Revista Mens Júris.** Uberlândia, v.2, n.1 e 2, jan/dez. 2005

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Manual de direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972., v.2.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado.** Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** 24. ed., São Paulo, 1986, v. 2

_____. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 24. ed., São Paulo, 1988, v. 6

_____. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.6

NETO, Inácio de Carvalho. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro.** São Paulo: Método, 2007

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões.** São Paulo: Max Limonad, 1952. v.3.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

_____. **Instituições de direito civil: direito de família.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5

_____. **Instituições de direito civil: direito das sucessões.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.6

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** 28 ed. São Paulo: Saraiva., 2006. v. 6.

_____. **Direito civil: direito das sucessões.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.7.

SCHIPANI, Sandro. **La codificazione del diritto romano comune.** Torino, G. Giappichelli Editore, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional da relações familiares.** in Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento.** in Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007., v.6.

_____. **Direito civil:** direito das sucessões. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.7.

ZACCARIA, Francesco Viola-Giuseppe. **Diritto e interpretazione.** 2. ed. Roma-Bari: Laterza: 2000.