



UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito
Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas
Área de Especialização: Direitos Fundamentais

**A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO: uma perspectiva
luso-brasileira**

Maria Alice Bezerra Nóbrega Leal

LISBOA
2014

MARIA ALICE BEZERRA NÓBREGA LEAL

**A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO: uma perspectiva
luso-brasileira**

Tese de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa, relativamente ao curso de
Mestrado em Ciências Jurídico- políticas, especialidade
Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real

LISBOA

2014

A Adisson, meu companheiro de vida.
E aos meus pais, Rômulo e Aldany, os melhores.

RESUMO

O direito sucessório do cônjuge e do companheiro/convivente recebeu significativo avanço ao longo da história, mas ainda hoje é alvo de debates e críticas por parte da doutrina especializada. Neste trabalho nos dedicamos à análise da posição sucessória do cônjuge e do companheiro/convivente sobreviventes, especificamente nos sistemas jurídicos brasileiro e português, incluindo uma visão civil-constitucional acerca da matéria, destacando os direitos e garantias constitucionais ligados à figura destes entes na qualidade de herdeiros. Estendendo o estudo um pouco além do Direito Sucessório, especificamente para o Direito de Família, analisamos também, além dos direitos sucessórios que recebem como herdeiros, outros direitos a que fazem jus e que atuam como encargos da herança, como, por exemplo, o direito a alimentos e o direito real de habitação da casa de morada. Trazemos ao debate outros pontos críticos, sobre os quais pouca doutrina se manifesta, como a possibilidade de existência de cônjuge e companheiro sobreviventes numa mesma sucessão, no âmbito do direito brasileiro. O trabalho concentra os principais pontos controvertidos da matéria e nos permite ter uma ampla visão das distintas realidades jurídicas que vivem Brasil e Portugal, bem como confrontar as ordens jurídicas destes países.

Palavras-chave: Cônjuge. Companheiro/convivente. Posição sucessória. Brasil. Portugal.

RESUMEN

El derecho sucesorio del cónyuge y del conviviente recibió significativo avance largo de la historia, pero aún hoy es objeto de debates y críticas por parte de la doctrina especializada. En este trabajo nos dedicamos a la apreciación de la posición sucesoria del cónyuge y del conviviente supervivientes, específicamente en los sistemas jurídicos brasileño y portugués, incluyendo una visión civil-constitucional acerca de la materia, destacando los derechos y garantías constitucionales ligados a la figura de estas personas como herederos. Ampliando los estudios un poco más allá del Derecho Sucesorio, específicamente para el Derecho de Familia, analizamos también, para allá de los derechos sucesorios que reciben como herederos, otros derechos que tienen y que son encargos de la herencia, como, por ejemplo, el derecho de alimentos y el derecho real de habitación de la casa de morada. Aportamos al debate otros puntos críticos sobre los cuales poca doctrina debate, como la posibilidad de existencia de cónyuge y conviviente en una misma sucesión, en el ámbito del derecho brasileño. El trabajo concientra los principales puntos de controversia de la materia y nos permite tener una amplia visión de las diferentes realidades legales que viven Brasil y Portugal, así como confrontar los sistemas jurídicos de estos países.

Palabras clave: Cónyuge. Conviviente. Posición sucesoria. Brasil. Portugal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO DO DIREITO DE SUCESSÕES COM O DIREITO DE FAMÍLIA	13
2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS ÀS FIGURAS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO/CONVIVENTE	19
2.1 Na Constituição brasileira	19
2.2 Na Constituição portuguesa.....	26
2.3 Síntese comparativa	29
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE.....	32
3.1 No direito brasileiro.....	32
3.2 No direito português	36
4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO OU CONVIVENTE	40
4.1 No direito brasileiro.....	40
4.2 No direito português	44
5. A ATUAL POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE	46
5.1 No Brasil.....	46
5.2 Em Portugal	54
6. A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO OU CONVIVENTE	59
6.1 No direito brasileiro.....	59
6.2 No direito português	63
7. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA	66
7.1 Cônjuge com descendentes.....	66
7.2 Cônjuge com ascendentes.....	81
7.3 Cônjuge com outros parentes	83
7.4 Concorrência do companheiro.....	83
8. COEXISTÊNCIA DE CÔNJUGE E COMPANHEIRO NUMA MESMA SUCESSÃO ...	90
8.1 Possibilidade do cônjuge sobrevivente separado de fato herdar	91
8.2 Relações putativas	100

8.3 Situação no direito sucessório português.....	102
9. SÍNTESE E ANÁLISE CRÍTICA DAS QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE A ATUAL POSIÇÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO OU CONVIVENTE	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
ANEXO I – LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.....	121
ANEXO II – LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.....	122

INTRODUÇÃO

O direito sucessório tem, em seu grande universo, temas intrigantes e cheios de controvérsias. Entre tantos, escolhemos tratar especificamente da posição do cônjuge e do companheiro/convivente, que *a priori* parece não apresentar maiores dificuldades, mas que traz vários problemas nas entrelinhas dos dispositivos legais, cada qual com vários posicionamentos e correntes. Em decorrência dos problemas encontrados, trazemos uma análise à luz dos valores jurídico-constitucionais, passando à análise das questões sucessórias relacionadas ao cônjuge e ao companheiro/convivente de acordo com os fundamentos e princípios a que fazem (ou que devam fazer) jus.

Antes de qualquer início, fazemos nossas primeiras observações. A primeira diz respeito à nomenclatura: em alguns momentos a legislação brasileira e a portuguesa discorrem sobre o mesmo assunto, mas utilizam nomenclaturas diversas. Alguns exemplos, no direito brasileiro e no direito português, respectivamente, são: companheiro e convivente, união estável e união de facto, herdeiro necessário e herdeiro legitimário. Ao longo do trabalho utilizaremos uma ou outra nomenclatura a depender do país que esteja em análise. De toda forma, esta observação fica registrada a fim de evitar qualquer equívoco.

Outra observação introdutória que destacamos é a semelhança existente entre as legislações sucessórias do Brasil e de Portugal. Além do Livro de Sucessões ser o último tanto no Código Civil brasileiro quanto no português, veremos que alguns benefícios concedidos ao cônjuge estão previstos em ambos os países. É interessante observar o quanto estas duas realidades se aproximam. Ao mesmo tempo, em alguns pontos há extrema disparidade, o que acaba por destacar e individualizar cada legislação.

Ao longo do estudo veremos que o direito sucessório português não traz tantas inconsistências como o direito sucessório brasileiro. Traremos à baila um estudo comparado, confrontando as duas realidades jurídicas, pois assim teremos uma perspectiva ampla da situação vivida nos dois países, que apesar de terem raízes tão estreitas e fortes, vivem realidades particulares no que diz respeito ao direito sucessório.

O objeto principal deste estudo, pelo que se pode perceber, é estudar a posição sucessória da pessoa escolhida pelo *de cuius* para fazer parte da sua vida, dividir a vida íntima, e, na maioria dos casos, para ser pai ou mãe de seus filhos. Este personagem passa a fazer parte da família por simples vontade daquele que será o autor da sucessão, daquele que ao morrer terá seus bens passados para a propriedade de outras pessoas. E como o direito sucessório prevê, esta propriedade tende a permanecer na seara familiar, de acordo com as

disposições deixadas pelo *de cuius* ou pela lei. Considerar o cônjuge e o companheiro como membros integrantes da família, ainda que não seja por vínculos sanguíneos, os levou ao direito sucessório.

Veremos que em alguns momentos do fenômeno sucessório o cônjuge ou o companheiro/convivente é mais beneficiado, em outros menos; alguns pontos são apontados como inconstitucionais, outros superam as expectativas; em determinadas situações o cônjuge é considerado de uma forma, enquanto o companheiro ou convivente é considerado de forma totalmente diferente. Várias são as problemáticas apontadas ao longo do estudo. E é nisto que se justifica o presente trabalho: na existência de inúmeros problemas advindos da consideração do cônjuge e do companheiro/convivente como herdeiros, bem como a tentativa de solucioná-los ou, no mínimo, de sugerir algum caminho na tentativa de melhorar e fazer evoluir a atual situação sucessória destas figuras.

Para a elaboração deste trabalho utilizamos basicamente a literatura específica existente no Brasil e em Portugal, principalmente estudos que dedicam mais atenção ao cônjuge e ao companheiro/convivente. Além da doutrina, utilizamos a própria legislação sobre a matéria, obviamente, e também alguma jurisprudência.

Uma consideração é necessária quanto ao estudo do tema, principalmente na realidade brasileira: apesar de serem dois ramos do Direito Civil, estudados separadamente no curso de direito, cada qual em seu tempo, não podemos dissociar por completo o Direito das Sucessões do Direito de Família. À medida que vamos aprofundando nosso estudo no direito sucessório, observamos que é imprescindível o estudo do Direito de Família. Em alguns momentos, como veremos, parte da doutrina transfere para o estudo sucessório o entendimento tido no Direito de Família, como norte para melhor interpretação das normas sucessórias. É necessário, no mínimo, algumas consultas ao livro correspondente ao Direito de Família no Código Civil. Apesar de existirem opiniões divergentes, insistimos na intrínseca ligação destes dois ramos do Direito Civil, sugerindo, inclusive, um estudo conjunto destas duas matérias. Esta junção só poderá trazer benefícios para o estudante/pesquisador. É pelo estudo desta relação do Direito de Família com o Direito das Sucessões que começaremos este trabalho. O primeiro capítulo foi inteiramente dedicado à análise dos principais pontos de ligação entre estes dois campos do Direito Civil, onde passaremos a refletir sobre a (in)dependência existente entre eles, tanto sob o ponto de vista acadêmico, como disciplinas no curso de graduação/licenciatura ou até em estudos mais aprofundados como os de pós-graduação, quanto sob o ponto de vista prático, nos processos existentes mundo afora.

O objeto principal do estudo do Direito das Sucessões é a transferência patrimonial, que acontece quando da morte de uma pessoa. Este é um problema meramente sucessório, mas que sofre influência de caráter familiar. Encontramos na doutrina três tendências que historicamente influenciam a resolução das questões sucessórias, a saber: 1) a Tendência Individualista, pela qual o autor da sucessão tem liberdade para destinar seus bens a quem bem entender através de testamento, logicamente considerando os limites impostos pela lei em relação à existência de uma parte legítima indisponível; 2) a Tendência Familiar, pela qual os bens devem permanecer na seara familiar, devendo transmitir a propriedade necessariamente para os membros da família do *de cuius* com o objetivo de dar continuidade ao patrimônio da família; e, por último, 3) a Tendência Socialista, pela qual deve existir uma limitação tanto no âmbito objetivo quanto no âmbito subjetivo do direito sucessório. Todas estas tendências são resumidamente expostas por José António de França Pitão¹, que cita diferentes estudiosos portugueses que se dedicaram à análise das mesmas. O fato é que estas tendências influenciaram a legislação sucessória (e aqui ampliamos esta análise considerando também o direito sucessório brasileiro) a decidir o destino dos bens após a morte do *de cuius*, juntamente com os fatores históricos e com a evolução da sociedade.

Continuando o estudo, já no Capítulo 2, passaremos à análise dos direitos, deveres e garantias constitucionais que têm alguma relação com o presente estudo. O cuidado que o legislador infraconstitucional deve à Constituição do seu país quando da elaboração das leis é imprescindível, e não poderia ser diferente no campo sucessório. Citamos cada passagem das Constituições brasileira e portuguesa que nos chama atenção para um melhor entendimento e interpretação das leis sucessórias. Especificamente sobre a posição do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro, observamos que a Constituição Federal de 1988 foi um grande marco histórico para a evolução dos direitos a eles destinados. Este é apenas um exemplo da importância que tem o estudo do Direito Constitucional na seara do Direito das Sucessões, e por isso entendemos que não podemos nos abster deste estudo interdisciplinar. Além disto, ao final do capítulo fazemos uma síntese comparativa entre as Constituições brasileira e portuguesa, dando início ao estudo comparado desde as primeiras linhas.

A seguir, veremos nos Capítulos 3 e 4 os passos dados até então para a consideração do cônjuge e do companheiro no rol dos herdeiros. O estudo da história que cada ente percorreu para alcançar o lugar hoje ocupado no Direito Sucessório é imprescindível para o melhor entendimento e análise do atual estado da arte, assunto que se

¹ Cfr. José António de França Pitão, *in* A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português, pp. 8-10.

inicia nos Capítulos 5 e 6. Nestes capítulos está concentrado o núcleo deste trabalho, qual seja a análise dos principais pontos relativos à posição sucessória que o cônjuge e o companheiro/convivente assumem atualmente, tanto na realidade brasileira quanto na portuguesa. Dedicaremos cada um destes capítulos a cada figura, o cônjuge e o companheiro/convivente, respectivamente, e dentro deles estudaremos o direito brasileiro e português também separadamente. Julgamos ser esta a melhor forma metodológica de expor todos os pormenores de um e de outro país.

Também diretamente ligado ao sobre o tema central deste trabalho, e como extensão dos Capítulos 5 e 6, dedicaremos o Capítulo 7 ao estudo da concorrência sucessória do cônjuge e do companheiro com os outros parentes do autor da sucessão. Na altura já poderemos observar melhor como, de fato, a lei reservou o direito sucessório para cada ente. E é neste ponto que encontraremos os maiores entraves da matéria. Dúvidas, questionamentos, diversas correntes e teorias na busca de solucionar os problemas (existentes principalmente na legislação brasileira, graças à sua péssima redação).

Ainda sobre concorrência, o Capítulo 8 suscitará e analisará a possibilidade de existência de cônjuge e companheiro/convivente numa mesma sucessão. À primeira vista parece um absurdo, mas acreditamos que uma análise mais cuidadosa e detalhada merece espaço para confirmar ou não esta primeira impressão.

Por fim, intitulamos o último capítulo de “Síntese e análise crítica das questões controversas sobre a atual posição sucessória do cônjuge e do companheiro ou convivente” onde enumeraremos mais alguns pontos críticos da situação sucessória dos entes que destacamos. “Mais alguns” porque tantos outros pontos, lacunas e questões dúbias já terão sido exploradas ao longo deste trabalho. Neste último capítulo fecharemos o estudo com a apresentação de novos tópicos ou com a abordagem de alguns já apresentados mas ainda não confrontados.

Após toda a exposição, explanação, análise e crítica de posicionamentos, teceremos nossas conclusões, reiterando as principais críticas e argumentando na tentativa de solucionar ou de, pelo menos, apontar direcionamentos a seguir com o objetivo de melhorar o atual sistema sucessório em relação ao cônjuge e ao companheiro/convivente, tanto no sistema jurídico brasileiro quanto no português, de acordo, obviamente, com a realidade de cada país.

Feita esta introdução, com a devida exposição e explicação do tema, problemas, motivos, apresentação do plano do trabalho, entre outros aspectos, passemos ao estudo da posição sucessória do cônjuge e do companheiro/convivente nos direitos sucessórios

brasileiro e português, sob uma perspectiva civil e constitucional, destacando os valores fundamentais intrinsecamente ligados ao tema proposto.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO DO DIREITO DE SUCESSÕES COM O DIREITO DE FAMÍLIA

Não raramente nos deparamos com questões relacionadas à estreita ligação que o Direito das Sucessões mantém com o Direito de Família. É claramente visível que tanto um quanto outro trata de questões que envolvem a família, e isto é óbvio. Mas também é certo que o objeto de cada campo é diferente. Ainda assim, discute-se sobre a independência ou dependência destes campos entre si.

Em Portugal as disciplinas eram lecionadas de forma autônoma no curso de Licenciatura em Direito desde 1945 até 1990, quando a Portaria nº 255/90, de 6 de abril, mudou esta forma e determinou que Direito da Família e Direito das Sucessões passassem a ser ministradas juntamente, no decurso de um ano. Segundo o Professor Diogo Leite de Campos, “a noção de que a propriedade é mais familiar do que pessoal determinou a agregação do Direito das Sucessões ao Direito da Família”². No Brasil não acontece assim, sendo cada disciplina lecionada autonomamente, cada uma em um semestre letivo.

Independentemente da forma como são lecionadas nos cursos de licenciatura ou graduação (juntas ou autonomamente), a verdade é que estes dois campos do Direito Civil caminham sempre juntos. Podemos até considerar o Direito de Família mais autônomo em relação ao Direito das Sucessões, mas este não pode olvidar as lições de Direito de Família. É certo, e concordando com o Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real³, que o estudo do Direito de Família deve preceder ao estudo do Direito das Sucessões. E se o estudo se der concomitantemente, que as lições de Direito de Família sejam ensinadas primeiramente, seguindo a lógica natural, e não entrelaçadas, cruzando lições de Direito de Família com Direito das Sucessões. Este cruzamento pode naturalmente acontecer e de fato acontece, quando um ou outro dispositivo do Direito de Família faz referência ao direito sucessório ou vice-versa, mas entrelaçar as duas disciplinas e chegar a transformá-las em uma só pode confundir os estudos.

Ainda assim, reforçamos a ideia de que ambos os campos possuem relação muito estreita, e consideramos até que o Direito Sucessório pode ser visto como a continuação dos estudos do Direito de Família. Entendemos as disciplinas unidas no sentido de continuação, assim como de fato se dá a típica história das famílias (com constituição conjugal, filhos, construção patrimonial e, ao final, morte dos sujeitos com a consequente sucessão), mas não

² Cfr. Diogo Leite de Campos, *in* Lições de Direito da Família e das Sucessões, p. 29.

³ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *in* Direito da Família e das Sucessões, p.13.

concordamos em mesclar o tempo todo os temas de um e de outro campo, devendo ser feito isto apenas nos momentos oportunos como naturalmente já acontece e que observamos neste estudo.

Cada disciplina tem seus objetivos, seu foco e propósito. O Direito de Família se concentra nos estudos sobre a vida familiar, sua constituição, deveres entre seus integrantes etc. Trata sobre casamento, divórcio, adoção, relações de parentesco, poder familiar, relação com os filhos e assim por diante. Já o Direito das Sucessões cuida apenas do fenômeno sucessório, ou seja, da transmissão do patrimônio em consequência da morte de uma pessoa. Mas já aqui fazemos nossa primeira observação, pois a sucessão não é um evento qualquer, e sim um fenômeno que se preocupa em manter na linhagem familiar os bens da pessoa que morre, ou seja, cuida para que o patrimônio pertencente ao *de cuius* permaneça na sua família, seja através dos filhos, do cônjuge, do companheiro, dos pais, dos netos etc. E neste estudo fazemos sempre referência ao que se aprende no Direito de Família, pois algumas questões como, por exemplo, as relações de parentesco, a relação com o cônjuge ou ou companheiro/convivente são essenciais para o desenrolar das questões sucessórias. Por isso defendemos uma certa “dependência” do Direito de Sucessões ao Direito de Família, ou, para ser mais coerente, aquele como continuidade deste.

Aliás, o Direito de Família também trata de questões patrimoniais, preocupando-se em manter a família como “suporte da continuidade ou da preservação da unidade patrimonial”⁴. Ele dispõe sobre o regime de bens, sobre meação, sobre divisão do patrimônio no caso de divórcio, e até quando disciplina sobre alimentos está tratando sobre questões patrimoniais. O direito sucessório difere-se apenas por ser um campo que tem a morte como requisito, requisito este que também é uma forma de desconstituição do vínculo conjugal e que, por exemplo, também gera efeitos de divisão do patrimônio pela meação. Raciocinando desta forma, poderíamos até entender o direito sucessório como parte do Direito de Família. Entretanto, dada a complexidade do fenômeno sucessório, prefere-se dedicar uma disciplina (ou um tempo equivalente) para os estudos das consequências patrimoniais que a morte traz.

Podemos afirmar que o núcleo dos estudos de Direito de Família é, como o próprio nome já sugere, a família. E quase tudo o que acontece no seio familiar refletirá no momento da sucessão. O núcleo familiar é o cerne dos estudos em ambos os campos, e na maioria das vezes compreende cônjuge e filhos, ou companheiro e filhos, não afastando, contudo, os demais familiares ou outras formas de família, como as famílias monoparentais.

⁴ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *in* Direito da Família e das Sucessões, p. 48.

O que ocorre é que a maioria das questões de família e de sucessões está relacionada a este núcleo, tendo o cônjuge/companheiro cada vez mais importância nestas relações, sendo determinante para a resolução dos casos. Como bem ensina Carlos Pamplona Corte-Real⁵, a família conjugal tornou-se a base das razões de ligação entre estes campos do Direito Civil, ficando em segundo plano a família parental.

O caso mais comum no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges, na maioria das vezes da figura paternal, que deixa esposa, ou companheira, e filhos. É sempre importante atentar para o fato de que antes mesmo de se proceder à abertura da sucessão, mas já tratando de assuntos *causa mortis*, é preciso observar o regime de bens adotado no casamento ou, caso se trate de união estável, observar se há convenção neste sentido, afim de realizar a meação, caso haja. Este passo é extremamente importante e imprescindível, pois a morte também é uma causa de dissolução do vínculo conjugal, como já dissemos. A existência ou não de meação a ser realizada pode mudar o patrimônio que efetivamente deve ser objeto de herança.

Outro caso que nos remete à importante análise do regime de bens é o da elaboração do testamento, ato praticado em vida mas que produz efeitos pós-morte. O testador deve ter em mente o que de fato é o seu patrimônio, somando os bens que pertencem a si na totalidade (os bens próprios) com a sua parte dos bens que possui conjuntamente com seu cônjuge (a sua meação). Observamos, assim, que o primeiro passo a se resolver na sucessão é, na verdade, assunto ainda de Direito de Família, mas que vem à tona pela morte de um dos cônjuges (ou companheiros).

Os aspectos constitutivos do casamento e da união estável (ou união de facto) também são de suma importância para o direito sucessório. A validade do casamento, a demarcação de início da união estável ou união de facto, a existência de casamento válido concomitante com a de uma união estável, o casamento putativo e até mesmo união estável putativa (discorreremos sobre isto em momento oportuno), entre outros aspectos familiares, principalmente de cariz conjugal, interferem diretamente no fenômeno sucessório.

Outra importante interferência do Direito de Família no Direito das Sucessões se dá no âmbito da participação do cônjuge ou do companheiro como herdeiro e o regime de bens do casamento, atentando para o fato de que esta problemática se dá especificamente no direito brasileiro, já que no sistema sucessório português o cônjuge é elencado como herdeiro independentemente do regime de bens. Veremos em capítulo específico que no Brasil o

⁵ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *in* Direito da Família e das Sucessões, p. 32.

cônjuge será ou não herdeiro do *de cuius* a depender do regime de bens que adotaram no casamento (e aí está o Direito de Família). Temos que voltar às lições sobre constituição do casamento, regime de bens e suas especificações para sabermos se poderemos considerar ou não o cônjuge sobrevivente como herdeiro. Ainda sobre o regime de bens, temos a problemática do artigo 1.829 do Código Civil brasileiro (artigo este muitíssimo citado ao longo do trabalho) e que nos faz refletir também sobre quais os bens terá o cônjuge sobrevivente algum direito sucessório. Como podemos observar, voltamos sempre às lições do Direito de Família para melhor entendermos e solucionarmos as questões sucessórias.

Por sua vez, apesar da condição de herdeiro atribuída ao cônjuge não depender do regime de bens em questão, o direito português também traz ligações entre regime de bens e o direito sucessório. Atentemos para o artigo 1699º, que, na parte de Direito de Família do Código Civil português, dispõe sobre restrições ao princípio da liberdade de convenção do regime de bens: o nº 2 deste artigo deixa claro que se o casamento for celebrado por quem já tenha filhos, o regime de comunhão geral não poderá ser convenicionado, bem como não poderá haver cláusula de comunicabilidade dos bens referidos no nº 1 do artigo 1722º (bens particulares), mesmo que os filhos havidos já sejam maiores ou emancipados. Este impedimento dá-se, claramente, para a proteção sucessória dos descendentes. Outro dispositivo curioso é o 1719º, que permite que os casados convenicionem valer o regime de comunhão geral para o caso de dissolução do casamento por morte, independentemente do regime adotado no casamento, caso haja descendentes comuns. É uma regra de Direito de Família, mas que já prevê consequências pós-morte, momento em que se dará a sucessão.

Além dos dispositivos citados, há ainda outros do Livro de Direito de Família do Código Civil português que trazem consigo disposições sucessórias, como, por exemplo, os artigos: 1683º (sobre a aceitação de doações, heranças ou legados), 1685º (sobre disposições para depois da morte), 1700º (sobre disposições por morte consideradas lícitas na convenção antenupcial), 1701º (sobre irrevogabilidade dos pactos sucessórios), 1702º (sobre o regime da instituição contratual), 1703º (sobre a caducidade dos pactos sucessórios), 1704º (sobre disposições de esposados a favor de terceiros, com caráter testamentário), 1705º (sobre disposições por morte a favor de terceiro, com caráter contratual), 1706º (sobre correspectividade das disposições por morte a favor de terceiros), 2018ª (sobre apanágio de cônjuge sobrevivente) e o 2020º (sobre união de facto, o qual veremos mais detalhadamente em capítulo posterior).

Entre os citados, passamos a transcrever o artigo 1685º. Observemos como o seu conteúdo possui caráter sucessório, apesar de estar inserido no capítulo de Direito de Família:

ARTIGO 1685º

(Disposições para depois da morte)

1. Cada um dos cônjuges tem a faculdade de dispor, para depois da morte, dos bens próprios e da sua meação nos bens comuns, sem prejuízo das restrições impostas por lei em favor dos herdeiros legitimários.
2. A disposição que tenha por objeto coisa certa e determinada do património comum apenas dá ao contemplado o direito de exigir o respectivo valor em dinheiro.
3. Pode, porém, ser exigida a coisa em espécie:
 - a) Se esta, por qualquer título, se tiver tornado propriedade exclusiva do disponente à data da sua morte;
 - b) Se a disposição tiver sido previamente autorizada pelo outro cônjuge por forma autêntica ou no próprio testamento;
 - c) Se a disposição tiver sido feita por um dos cônjuges.

Podemos verificar que o conteúdo deste dispositivo é bem interdisciplinar, com institutos do Direito de Família mas tratando, eminentemente, de disposições pós-morte, assunto sucessório.

Aproveitamos a discussão sobre a relação entre Direito de Família e Direito das Sucessões para distinguir e esclarecer dois institutos que serão bastante citados ao longo deste trabalho: meação e herança.

A meação é um fenómeno do Direito de Família e que acontece em caso de dissolução da sociedade conjugal, logicamente a depender do regime de bens. E os regimes de bens em que se dá a meação são os de comunhão de bens (universal ou parcial) ou o de participação final nos aquestos no Brasil; e os de comunhão de adquiridos ou regime da comunhão geral em Portugal. Sobre o regime de separação obrigatória de bens adotado no Brasil, entende-se que há meação em relação aos aquestos, ou seja, em relação àquilo que foi adquirido em comum esforço durante a vigência da sociedade conjugal, a teor da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A meação não está condicionada à morte de um dos cônjuges, podendo ocorrer quando da dissolução do casamento, por exemplo, pelo divórcio, mas também operar-se-á em decorrência da dissolução por morte, já que a morte é uma das formas de dissolução do vínculo conjugal. Logo, com a morte de um dos cônjuges haverá que se proceder à meação.

Herança não se confunde com meação. Na hipótese de existência de meação, e depois de realizada, o cônjuge ou companheiro/convivente sobrevivente terá a metade que lhe cabe dos bens, e a outra metade, pertencente ao *de cujus*, integrará a herança. A parte da herança que cabe ao cônjuge (ou ao companheiro, no direito brasileiro) será advinda dos bens pertencentes ao *de cujus*, dentre os quais estará a meação pertencente a ele.

Assim, meação e herança não devem ser confundidos. Aliás, veremos que o legislador brasileiro pareceu querer evitar a cumulação dos dois direitos, preocupação que não teve o legislador português. Discorreremos sobre isto no momento oportuno.

O que queremos, neste primeiro capítulo, é deixar claro que as ligações entre os ramos do Direito estarão sempre presentes, principalmente entre dois campos do Direito Civil que tratam de questões inerentes à família e caminham, quase o tempo todo, lado a lado.

Até mesmo alguns direitos constitucionais que tratam da família, ou que, de alguma forma, podem servir de fundamento para a proteção da família, servem também para basear questões sucessórias. A propósito disto, destaque-se que a Constituição Federal brasileira dedicou à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso um capítulo específico (o VII), integrante do Título VII, que trata sobre a ordem social.

Veremos ao longo deste estudo (que trata eminentemente sobre direito sucessório) que as referências ao Direito de Família estarão sempre presentes e serão de extrema importância para a compreensão do todo. A cada passo avançado neste estudo perceberemos a importância destas primeiras considerações sobre estes importantes e profundos campos do Direito Civil.

Começemos com as normas constitucionais, analisando garantias, direitos e deveres que de alguma forma tenham relevância nas questões sucessórias. Vejamos como o Direito das Sucessões deve se guiar tendo como parâmetro o Direito Constitucional, especificamente no que tange às figuras do cônjuge e do companheiro, já que é este o tema do presente estudo. Observaremos, ainda, de acordo com o número de normas constitucionais que encontraremos sobre o tema e também analisando a forma e o conteúdo tratado, até que ponto a Constituição de cada país, Brasil e Portugal, se preocupa com as questões familiares e, principalmente, sucessórias.

2. DIREITOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS ÀS FIGURAS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO/CONVIVENTE

Não há como ignorar as disposições constitucionais na elaboração de um estudo como este. Aliás, todo trabalho científico deveria dedicar um espaço à análise da Constituição, logicamente detendo-se apenas aos princípios, direitos e/ou normas que digam respeito ao tema tratado. Por isso, e por saber da obediência que a lei infraconstitucional deve, dedicamos este capítulo ao exame do que encontramos nas Constituições brasileira e portuguesa e que, de alguma forma, devemos atenção ao tratar de direito sucessório, dando ênfase ao núcleo do estudo (posição do cônjuge e do companheiro).

O português Diogo Leite de Campos refere como “o Direito não civil da família”⁶ tudo aquilo que podemos encontrar em outros ramos do Direito mas que contém normas relativas à família. Neste tom, podemos considerar que as normas de Direito Constitucional que fazem referência à família será uma parte deste “Direito não civil”, mas que traduz como base do Direito Civil.

O Direito Constitucional dita as normas fundamentais que servem de base para a estruturação de todas as leis que devem regular a vida em sociedade. O Direito Civil, como todos os outros ramos, está condicionado aos limites estabelecidos na Constituição, devendo observância aos seus princípios e estabelecendo leis que possam receber interpretação sempre em conformidade com a norma constitucional.

Passemos à análise daquilo que encontramos em cada Constituição, brasileira e portuguesa, e que tem alguma relação, direta ou indireta, com o tema deste trabalho.

2.1 Na Constituição brasileira

Antes de entrarmos diretamente nos artigos da Constituição Federal Brasileira de 1988, façamos algumas considerações sobre o significado do texto constitucional, sua importância e como devemos interpretá-lo. Isto nos auxiliará na análise dos artigos postos a seguir.

Os direitos e garantias fundamentais, também conhecidos como “direitos do homem” ou “direitos humanos”, como o próprio nome revela, elementares, fundamentais, essenciais ao homem, seja ele quem for, pois se destinam a todos os seres humanos, sem distinção de classe ou categoria de pessoas.

⁶ Cfr. Diogo Leite de Campos, *in* Lições de Direito da Família e das Sucessões, p. 28.

Os princípios, direitos e garantias fundamentais possuem algumas características, como, por exemplo, a concorrência, a irrenunciabilidade e a inalienabilidade. Significa, respectivamente, que podem acumular-se em um mesmo titular, não podem ser dispensados, nem pode o indivíduo dispor de nenhum deles; são, também, direitos imprescritíveis, sendo, portanto, sempre exercíveis, não sendo possível perdê-lo com o decurso do tempo, seja quanto for.

Importante também termos em mente a diferença entre princípios e normas. Os princípios não são absolutos. Isto significa que em um “conflito” de princípios, um não fará com que o outro perca sua força, mas, analisado o caso isoladamente, considerar-se-á o peso relativo de cada um, dando valores diversos a depender de cada caso concreto. Haverá uma ponderação de valores e cada situação exigirá a importância específica de cada princípio. Não há hierarquia entre os princípios, ou seja, não há um mais importante ou mais forte do que outro. Utiliza-se a proporcionalidade para uma melhor aplicação: nenhum princípio será inválido, mas deverá haver uma conciliação entre eles.

Já as normas são aplicáveis “na forma do tudo ou nada”. Elas indicam consequências automáticas para os casos previstos, devendo ser aplicadas de imediato e isoladamente. Quando entram em conflito sempre acontecerá de uma prevalecer, e esta será considerada hierarquicamente superior à outra. Mas atenção, pois a norma não é o dispositivo legal que encontramos positivado nos códigos e constituições, mas aquilo que retiramos destes dispositivos. Ou seja, é a essência do texto que está positivado. É claro que não podemos (nem devemos) desconsiderar o texto que ali está, as palavras que estão escritas e que formam a lei, mas quando falamos em norma devemos considerar o conjunto, adentrando na essência daquelas palavras. Para Arthur Kaufmann, “por ‘norma jurídica’ deve, portanto, entender-se a lei em sentido material, incluindo a lei formal (resultante de um processo legislativo específico), o direito consuetudinário, o regulamento e, ainda, as convenções colectivas, os usos sociais e as regras gerais de direito internacional”⁷.

É através de um processo de interpretação da lei que se extrai o conteúdo normativo. Portanto, considera-se a norma como o primeiro elemento de um procedimento de interpretação do texto legal, captando o seu conteúdo e significado dentro do estudo jurídico, pois “o processo concretizador da norma da constituição começa com a *atribuição de um significado* aos enunciados linguísticos do texto constitucional”⁸. O texto expresso na

⁷ Cfr. Arthur Kaufmann, *in* Filosofia do Direito, p. 200.

⁸ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1199.

Constituição, como veremos a seguir, é a forma de sinalizar o direito; a norma é o que se consegue extrair das palavras, ou seja, o que o sinal ali posto revela.

Após esta explanação mais geral, sobre o conteúdo constitucional, passemos aos dispositivos que nos interessam, apresentados de acordo com a ordem em que estão dispostos na Constituição Federal.

a) Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional básico, núcleo de todo o ordenamento jurídico. Está previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito, da seguinte forma:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

A dignidade da pessoa humana é encontrada não apenas neste artigo, mas também refletida em diversas normas positivas ao longo do texto constitucional. Trata-se de indicador, servindo de referencial para a elaboração de todas as outras normas que devem harmonizar seu texto com tal princípio.

Ao homem deve-se o respeito simplesmente pelo fato de ser homem, e nada mais deve ser exigido para que se considere a sua dignidade. A previsão constitucional foi inserida logo no início da Carta Magna, explicitando sua importância e deixando o entendimento de que deve ser observado desde o início, inclusive pelas próprias normas constitucionais.

Seu conceito engloba outros direitos, como o direito à vida, à saúde, à igualdade, à liberdade de crença, à integridade física e moral etc. Sendo assim, não se pode buscar a dignidade da pessoa humana fazendo uma interpretação literal da palavra, de forma particular e isolada; é necessário uma abrangência maior, de forma sistemática, integrada com todos os outros princípios, direitos e garantias constitucionais.

A dignidade aqui estudada é qualidade intrínseca de cada ser humano, que o faz merecer consideração e respeito. Portanto, a qualquer pessoa é assegurada a proteção contra qualquer ato que contrarie sua moral, sua respeitabilidade e decência.

Várias concepções podem surgir da sociedade para conceituar a dignidade da pessoa humana. Porém, independentemente do conceito que esteja em causa, o mais importante é não nos afastarmos dos elementos básicos a serem considerados para a

existência humana, considerando que uma vida digna requer o mínimo de respeito e assistência.

Em relação ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente, e tratando especificamente do fenômeno sucessório, sua dignidade estará em causa no momento em que surgir dúvidas em relação à sua posição de herdeiro, bem como sua participação na herança daquele que era até então o seu parceiro de vida. A lei infraconstitucional deve ser bem clara quanto à posição do cônjuge e do companheiro como herdeiros do *de cuius* para que seja de fácil compreensão indicar se estes sujeitos podem figurar na sucessão e quando isto pode acontecer.

No momento em que surgem dúvidas, e é o que acontece com uma frequência cada vez maior, os juristas são obrigados a tomar decisões que nem sempre são consideradas as mais acertadas. Veremos mais à frente que da forma como a lei brasileira se apresenta hoje podemos ter julgamentos diferentes para uma mesma situação, variando a depender do tribunal que analise o caso concreto. Esta insegurança quanto ao direito que é devido ao cônjuge e ao companheiro pode ofender a dignidade daquele que perde seu direito.

Na verdade, a insegurança existente já pode ser considerada uma afronta à dignidade da pessoa do cônjuge e do companheiro.

b) Garantias de liberdade e igualdade (artigo 5º, *caput*)

É no *caput* do artigo 5º que encontramos a garantia de alguns direitos, dentre eles o direito à igualdade e à liberdade:

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

Devemos interpretar este dispositivo como uma garantia de que todos são livres para definirem suas vidas, incluindo decisões da sua vida familiar. Cada um é livre para decidir se quer constituir família, como deve ser esta constituição, como deve ser a moradia, a prole, bem como todos os detalhes da vida cotidiana de sua família.

A forma escolhida não poderá ser argumento para tratar sua família diferente de outra, pois além da liberdade também lhe é garantida a igualdade perante todos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

Especialmente tratando do cônjuge e do companheiro, temos duas análises a fazer. A primeira é em relação à igualdade dos casais: seja uma família constituída através do casamento ou através da união estável, o casal, livre para decidir como constituir sua família,

é merecedor de respeito e igualdade, não podendo ser tratado de forma diferente caso seja casado ou não. A segunda observação se dá em relação aos membros do casal, ou seja, se cônjuge ou companheiro, ambos merecem tratamento igual da sociedade e do Estado e não podem ser discriminados pelo fato de viverem um casamento ou uma união estável. Mais uma vez reforçamos que não importa a forma como constituem sua família, já que todos são livres para fazerem da forma como bem entenderem, seja através de um ato formal (casamento) ou de ato informal (união estável), desde que respeitados os parâmetros estabelecidos pela Constituição e pelo Código Civil. As entidades familiares e seus integrantes são, portanto, amparados constitucionalmente pelo princípio da igualdade.

c) Inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, X)

Todas as pessoas têm direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada nos termos do artigo 5º, X:

X - são invioláveis a **intimidade**, a **vida privada**, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifo nosso)

Entendemos que, como todos os indivíduos, a família também faz jus a estes direitos. Assim, a intimidade e a vida privada da família só diz respeito a ela, não sendo assunto de interesse público. Como vimos acima, como pessoas livres que são e merecedoras de igualdade, vivendo em casamento ou união estável, sendo cônjuges ou companheiros, estas questões não importam e dizem respeito apenas aos sujeitos da relação.

Antes de prosseguirmos, uma pequena observação: destacamos a intimidade e a vida privada por entendermos serem direitos com maior afinidade com as figuras do cônjuge e do companheiro, mas todos os outros previstos neste inciso são compreensíveis da mesma forma. Acrescente-se que todos estes elementos são essenciais ao desenvolvimento da personalidade, da vida privada e da dignidade da pessoa humana.

d) Direito à herança (artigo 5º, XXX e XXXI)

Este é o direito constitucional mais relacionado à nossa matéria, pois prevê de forma direta o direito à herança e, em seguida, que o cônjuge e os filhos serão regidos pela lei sucessória mais favorável caso o *de cuius* seja estrangeiro:

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

XXX - é garantido o direito de herança;
XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

A sucessão é totalmente regulada pela lei infraconstitucional, principalmente pelo Código Civil, mas, como podemos observar, trata-se de direito constitucional.

Merece atenção especial o inciso XXXI, pois apesar de mencionar apenas o cônjuge veremos a seguir que podemos utilizar a norma para interpretar o benefício também em favor do companheiro sobrevivente.

e) Reconhecimento da união estável como entidade familiar

O parágrafo 3º do artigo 226 veio equiparar o companheiro à situação do cônjuge, conferindo proteção do Estado à união estável e, conseqüentemente, ao companheiro membro desta união nos seguintes termos:

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 o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A união estável é entendida como entidade familiar, merecedora de direitos (e respeito) como tal, e isto ficou claro, como afirma Giselda Maria Hironaka⁹:

O que quis, sem sombra de dúvida, o legislador constitucional foi *equalizar* o casamento e a união estável, emparelhando cônjuges e companheiros numa mesma linha de proteção pelo Estado, eis que tanto uma situação como outra se desenham constitucionalmente como *entidades familiares*.

Louvável previsão da nossa Constituição Federal. Como bem observou Paulo Lobo, a Constituição levou uma situação real, do mundo dos fatos, para o mundo do direito¹⁰. Os companheiros que vivem em união estável passaram a ter previsão expressa de proteção do Estado sem qualquer exigência formal, declaração de vontade ou formalidade.

f) Liberdade de planejamento familiar (artigo 226, § 7º)

A família é a base da sociedade, e esta afirmação não é uma conclusão qualquer, mas sim disposta na Constituição Federal, precisamente no *caput* do artigo 226. A seguir, o parágrafo 7º dispõe o seguinte:

⁹ Cfr. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências in Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*, p.456.

¹⁰ Cfr. Paulo Lobo, *Direito Civil: Sucessões* (eBook).

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Mais uma vez o princípio da dignidade da pessoa humana é citado na Constituição Federal, desta vez apenas para reforçar sua importância e a relação direta com o planejamento familiar, objeto do parágrafo acima transcrito.

O planejamento familiar é livre decisão do casal, sendo este responsável por tal conjunto de decisões. Além de decisões cotidianas da família, o casal é livre para decidir como será a formação da sua família, para planejar sua constituição, se terão filhos etc.

Consequência deste direito ao livre planejamento familiar é a decisão de se tornarem parceiros de vida, seja casando ou vivendo em união estável. O que importa é a intenção de constituir família, a convivência como tal e o cumprimento dos deveres de convivência previstos no Código Civil.

g) Assistência aos membros da família (artigo 226, § 8º)

Ainda que não estivesse previsto em lei, alguns direitos seriam deduzíveis. O fato de estarem previstos em norma constitucional nos traz a sensação de que se tornam mais importantes e merecedores de mais atenção, podendo ser entendidos até mesmo como prioridade na vida social. É o que acontece com a assistência, por parte do Estado, à família e aos seus membros, previsto também no artigo 226, § 8º:

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A família é merecedora de proteção, bem como cada membro que a integra, de forma isolada, e a assistência será assegurada pelo Estado. Desta forma, cônjuge e companheiro devem contar com a cooperação do Estado em busca da concretização dos seus direitos, dentre os quais os direitos sucessórios, através de mecanismos que facilitem as relações e impeçam qualquer tipo de violência.

Neste âmbito podemos esperar do Estado que ele promova, de forma cada vez mais equitativa, meios para amparo dos direitos sucessórios, uma legislação cada vez mais completa e definidora destes direitos e uma evolução dos direitos sucessórios dos companheiros, como já aponta o § 3º do artigo 226.

2.2 Na Constituição portuguesa

A Constituição da República Portuguesa de 1976 não é muito diferente da Constituição brasileira, especificamente sobre as partes que nos interessam. Também contém princípios, garantias e direitos, alguns iguais à legislação constitucional brasileira, e as observações feitas anteriormente também são válidas para a melhor leitura e interpretação da Constituição Portuguesa.

Apesar das semelhanças que acabamos de indicar, encontramos na Constituição da República Portuguesa outros dispositivos que nos permitem fazer ligação com o direito de família, mais precisamente com o direito sucessório na parte que toca o cônjuge e/ou o companheiro.

A Constituição portuguesa dedica alguns trechos exclusivos à família, como nos artigos 36º e 67º, mas não chega a dedicar todo um capítulo a este assunto como faz a Constituição brasileira. De qualquer forma, a família está presente de forma direta no texto constitucional.

Findas estas palavras introdutórias, passemos à análise pura dos artigos encontrados na Constituição da República Portuguesa, apresentados na ordem em que se encontram.

a) Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º)

Assim como no direito brasileiro, encontramos também na Constituição portuguesa, já no artigo 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto de forma um pouco diferente mas com o mesmo sentido e alcance:

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Este princípio norteia todo o ordenamento jurídico do país, que deve se empenhar na busca por uma sociedade livre, justa e solidária.

Direcionando para nosso tema, voltamos a afirmar que o casamento e a união estável, como entidades familiares, e o cônjuge e o companheiro, como membros destas entidades, merecem respeito, amparo e reconhecimento de seus direitos para a manutenção da sua dignidade.

Além do que acabamos de explanar, reiteramos que todos os argumentos utilizados quando da análise deste princípio no direito brasileiro também são válidos para o direito português. Sabendo disto, passemos adiante.

b) Princípio da igualdade (artigo 13º)

A igualdade aparece na Constituição portuguesa como princípio, fazendo referência ao princípio da dignidade social:

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

Dentre o que dispõe o artigo 13º sobre a igualdade entre todos, destacamos que o número 2 prevê que ninguém pode ser prejudicado ou privado de qualquer direito em razão de suas convicções ideológicas ou condição social.

O cônjuge ou o convivente, como membros da família, encaixam-se nestas previsões e, portanto, não podem sofrer nenhum tipo de discriminação em relação à sua posição na família como cônjuge ou convivente, sendo este um dos aspectos da sua condição social. E porque o convivente não quis casar, ou porque o cônjuge assim quis, não podem ser tratados de forma diferente, já que cada um agiu de acordo com o que acredita ser mais sensato e correto para a sua vida, conforme suas convicções ideológicas, mas com um mesmo fim, qual o seja o de constituir família.

c) Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º)

Entre outros direitos, o artigo 26º estabelece o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, bem como prevê que as pessoas e as famílias terão garantias efetivas contra abusos que possam sofrer:

Artigo 26º

(Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.
2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

Como sabemos, a Constituição garante a intimidade da vida privada e familiar, bem como a protecção contra qualquer ato que viole este direito. Os membros da família são livres para definir sua vida de acordo com suas conveniências e crenças. Importante também

destacar o direito ao desenvolvimento da personalidade como direito da entidade familiar, livre para definir-se e desenvolver-se.

A seguir discorreremos melhor sobre esta liberdade, sobre o direito de constituir família e sobre sua realização e proteção, incluindo o direito ao planejamento familiar. Todas estas questões são íntimas e privadas da própria família. Antes, porém, observemos que além das disposições específicas do citado artigo, mais uma vez a dignidade da pessoa humana vem estampada no texto constitucional, demonstrando a força de tal princípio e ressaltando a importância do dispositivo em questão.

d) Direito de constituir família (artigo 36º)

Todos são livres para, querendo, constituir família, da forma que cada um julgar mais adequada. O artigo 36º está assim disposto:

Artigo 36º

(Família, casamento e filiação)

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
- [...]

Este artigo direciona-se à realização do casamento como caminho para constituição da família, pondo todos em igualdade para alcançar este fim, e ainda coloca os cônjuges num mesmo nível de direitos e deveres em relação à família.

A liberdade está, neste ponto, em poder constituir família, mas aqui já fazemos uma crítica, pois a Constituição afirma que todos são livres para constituir família e ao mesmo tempo dedica-se exclusivamente ao casamento, como que limitando a constituição da família a este meio. No estado atual do direito, na sociedade contemporânea, sabemos que há outras formas de constituição de família, e esta formas têm se multiplicado cada vez mais com o passar dos anos.

Não obstante, a legislação portuguesa se preocupou em constitucionalmente o direito de constituir família.

e) Direito à proteção e realização da família (artigo 67º)

Após o direito à liberdade de constituir família vem o passo seguinte, a previsão de direito à proteção e realização desta entidade, definida como elemento fundamental da sociedade pelo artigo 67º:

Artigo 67º

(Família)

1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

a) Promover a independência social e económica dos agregados familiares;

[...];

d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;

[...]

g) Definir, ouvidas as associações representativas das famílias, e executar uma política de família com carácter global e integrado.

[...]

Este artigo nos traz vários elementos novos. Primeiro, a família como elemento fundamental da sociedade, elevando a importância da entidade familiar. Em seguida, afirma que a família tem o direito de ser protegida pelo Estado e pela própria sociedade, como também tem o direito de que sejam efetivadas todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros, ou seja, todos devem agir em prol da família.

Logo depois, o número 2 dispõe sobre o que incumbe ao Estado para efetivar a proteção da família, e elenca vários deveres, entre os quais evidenciamos três (*a*, *d* e *g*) que possuem maior relação com nosso estudo. E entre estes, destacamos com mais ênfase a alínea *d*, que garante o direito ao planejamento familiar. Lembrando da crítica que fizemos há pouco em relação à forma de constituir família, aqui damos ênfase às nossas palavras, já que todos são livres, iguais, têm o direito de constituir família e têm também o direito ao livre planejamento familiar.

2.3 Síntese comparativa

Pudemos constatar que apesar de muito semelhantes, as Constituições brasileira e portuguesa possuem algumas particularidades que distinguem, desde já, o direito sucessório de um e outro sistema jurídico. Ao longo da apresentação dos dispositivos constitucionais português nós já tecemos alguns comentários e fizemos algumas críticas diretas, outras comparativas.

Aqui faremos comentários complementares sobre os principais pontos de aproximação e de ruptura entre os sistemas comparados, a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que merece atenção destacada em ambas as constituições. Ambas enxergam o princípio como base e fundamento de toda a sociedade e a insere no início do texto constitucional (artigo 1º). Os comentários sobre este princípio chegam a confundir-se, visto que têm a mesma força e importância em um e outro sistema jurídico.

Em seguida destacamos a igualdade, prevista no direito brasileiro como garantia e no direito português como princípio. A Constituição brasileira chega a ser redundante, citando a igualdade duas vezes no *caput* do artigo 5º; já a Constituição portuguesa enfatiza o princípio da dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo que introduz o princípio da igualdade no artigo 13º. Sobre a liberdade, nenhuma diferença a apontar, já que em ambas as Constituições encontramos a liberdade de constituir família e de planejamento familiar (Brasil) ou realização da família (Portugal), apesar de merecedora de críticas nos dois países, pelos motivos que estudaremos adiante.

Mais à frente as Constituições se aproximam uma vez mais, no que diz respeito ao direito à intimidade e à vida privada e familiar, previsto na Constituição brasileira no artigo 5º, X, e na Constituição portuguesa no artigo 26º. Ambas Constituições se preocupam em manter a inviolabilidade da imagem da família bem como garantir indenizações caso ocorra alguma violação a esses direitos. No geral percebemos que neste ponto o direito dos países em análise é bem semelhante e se preocupa em manter o núcleo familiar protegido de ameaças ou interferências.

Seguindo a análise comparativa, verificamos que em dois momentos a Constituição brasileira foi bem mais feliz que a portuguesa: ao inserir em seu texto o direito à herança e o reconhecimento da união estável como entidade familiar. Inseriu dois importantes institutos e voltou os olhos de todos (incluindo o legislador) para a importância da herança e da união estável, bem como impôs obediência para a elaboração das leis infraconstitucionais. A lei constitucional portuguesa sequer menciona qualquer tópico sobre sucessão ou herdeiro, como também falha na previsão de união de facto como uma forma entidade familiar.

Outra observação válida é sobre o artigo 226, §7º, da Constituição brasileira e o artigo 36º da Constituição portuguesa. Verificamos que a liberdade de constituir família prevista na Constituição portuguesa não se assemelha à liberdade de planejamento familiar prevista na Constituição brasileira. O direito brasileiro previsto no dispositivo citado está mais próximo daquele visto no artigo 67º, alínea *d*, da Constituição portuguesa, que dispõe que incumbe ao Estado garantir o direito ao planejamento familiar. A diferença crucial deste

ponto é que o direito brasileiro prevê constitucionalmente a união estável como entidade familiar (artigo 226, §3º), enquanto a Constituição portuguesa nada menciona sobre a união de facto (não se encontra no texto constitucional português nada relacionado à união de facto ou ao convivente).

Ainda sobre os artigos 226 da lei brasileira e 67º da lei portuguesa, encontramos relação no que diz respeito ao direito de assistência à família, diretamente exposto pelo dispositivo brasileiro e inserido no *caput* do dispositivo português na forma de proteção por parte do Estado e da sociedade.

Estas são as nossas considerações sobre o que o Direito Constitucional contribui para nossa matéria. Com esta visão mais ampla podemos analisar melhor os problemas existentes na lei infraconstitucional, estejam eles no Código Civil ou em lei especial. Passemos, então, à análise direta das posições sucessórias do cônjuge e do companheiro/convivente.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

A partir deste capítulo nos concentramos de fato no objeto central do estudo. E nada mais lógico do que começar com uma análise temporal, trazendo ao trabalho os principais fatos históricos que modificaram diretamente ou que concorreram para alguma mudança na participação do cônjuge na sucessão.

A proposta é analisar como surgiu, no mundo jurídico, a participação do cônjuge na sucessão, de diferentes formas, e quais os passos dados ao longo da história até então, focando na análise da evolução da lei. O estudo sobre a atual posição sucessória do cônjuge está reservada para capítulos posteriores, pelo que nos deteremos, aqui, apenas aos fatos anteriores ao estado atual.

Com o intuito de manter a organização e clareza, passemos ao estudo da evolução histórica do cônjuge como sucessor em cada país separadamente.

3.1 No direito brasileiro

A posição sucessória que o cônjuge possui atualmente no direito brasileiro é fruto de várias mudanças legislativas (e por que não dizer também filosóficas?). Pode-se dizer que foi uma das mais fortes modificações já feitas do direito sucessório brasileiro.

O primeiro Código Civil brasileiro data de 1916. Antes disso não existia um compêndio de leis que regulasse determinada matéria, e por isso várias leis e decretos esparsos regulavam a sociedade. O que vigorava até 1916, juntamente com estas leis, eram as Ordenações Filipinas, herança dos colonizadores portugueses.

Nas questões sucessórias, antigamente, o parâmetro de consanguinidade era mais forte e poderoso do que qualquer outro, o que afastava o cônjuge no momento da sucessão, mesmo que ele fosse mais importante para o *de cuius* do que qualquer outro parente. No Título XCIV do Livro Quarto, assim dispunha as Ordenações Filipinas:

Título XCIV

Como marido e mulher sucedem hum a outro

Fallecendo o homem casado *abintestado*, e não tendo parente até o décimo grão contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teuda e manteuda, como mulher com seu marido, ella será sua universal herdeira.

E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteuda, como marido com sua mulher, se ella primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grão. E nestes casos não terão que fazer em taes bens os nossos Almojarifes.

O fundamento da consanguinidade trazia a segurança que se pretendia de manter os bens dentro do delineamento familiar, não podendo a propriedade escapar dos limites consanguíneos, delineadores da então verdadeira família. O cônjuge era, portanto, considerado um estranho a esta relação. Analisando direta e friamente, considerando que os casados vêm de famílias diferentes (e apenas isso), não eram considerados parentes. E isto bastava para o legislador não querer sua presença entre a família do *de cuius*.

Dentro deste pensamento, o cônjuge foi colocado na ordem sucessória após todos os parentes. Em primeiro lugar estavam os descendentes, seguidos pelos ascendentes e, em terceiro lugar, os colaterais. Somente na falta de qualquer parente consanguíneo do *de cuius* é que o cônjuge poderia assumir a posição de herdeiro do falecido. No dizer de Clóvis Beviláqua, o cônjuge se encontrava mais na posição de conterrâneo do que de parente¹¹.

A primeira evolução na ordem de vocação sucessória do cônjuge foi sentida com a Lei nº. 1.839, de 31 de dezembro de 1907¹², quando então passou ao terceiro lugar no chamamento à sucessão, logo após os descendentes e ascendentes (nesta ordem), independentemente do regime de bens adotado no casamento. As relações puramente consanguíneas deram espaço às relações de convivência, amor, afetividade etc. Com isso, o cônjuge passou a ser preferido aos parentes colaterais e o casamento passou a ser mais valorizado.

E esta situação foi mantida pelo Código Civil de 1916 através do artigo 1.603, que previa os herdeiros legítimos, e do artigo 1.611, nos seguintes termos: “Art. 1.611 – Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados.”. De acordo com o antigo Código Civil, o cônjuge só poderia ser chamado à sucessão se, no momento da abertura da sucessão, não existisse descendentes e ascendentes do *de cuius* e, ainda, se eles não estivessem desquitados. Caso houvesse separação de corpos, apenas, o cônjuge seria, sim, chamado à sucessão, pois somente a dissolução da sociedade conjugal pelo desquite afastaria o cônjuge na ausência de descendentes e ascendentes do *de cuius*¹³.

Com o passar dos anos, algumas leis especiais trataram, de alguma forma, das questões sucessórias, e algumas vezes envolvendo o cônjuge.

¹¹ Clóvis Beviláqua *apud* Caio Mário da Silva Pereira, *in* Instituições de Direito Civil, p. 131.

¹² Lei Feliciano Penna, nome do autor da lei, à época Senador pelo Estado de Minas Gerais.

¹³ Em 1977, a Lei nº 6.515 alterou a redação deste artigo para o seguinte: “A 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”. Esta alteração permitiu englobar todos os tipos de dissolução da sociedade conjugal, que revogou o instituto do desquite e passou a prever a separação judicial e o divórcio, no artigo 267.

Em 1949 a Lei nº 883, de 21 de outubro, dispôs sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, e em um dos seus artigos previu a situação sucessória destes filhos em concorrência com o cônjuge. Isto se dava de forma bem específica, somente com filhos extramatrimoniais, na falta de testamento e se o cônjuge fosse casado pelo regime de separação de bens:

Art. 3º Na falta de testamento, o cônjuge, casado pelo regime de separação de bens, terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei.

Ainda que de forma específica, era possível a concorrência do cônjuge com descendentes.

Em 1962 entrou em vigor uma importante lei, a Lei nº 4.121, de 27 de agosto, dispondo sobre a situação jurídica da mulher casada. Esta lei incluiu dois parágrafos ao já citado artigo 1.611 do Código Civil de 1916, com o seguinte conteúdo:

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

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

Note-se que a Lei nº 4.121 não mudou a classe sucessória do cônjuge, não aumentou o seu quinhão, nem mudou a concorrência com descendentes ilegítimos prevista na Lei nº 883 de 1949. Na verdade ela tratou de assuntos sucessórios sob outro prisma, prevendo direitos de usufruto ao cônjuge sobrevivente. Esta forma sucessória foi novidade, pois até então não existia esse tipo de direito em relação à herança.

Ou seja: havendo filhos, e se o regime de casamento não era o de comunhão universal, o cônjuge tinha direito ao usufruto de quarta parte da herança enquanto durasse a viuvez; já na inexistência de filhos, mas ascendentes, e sendo o regime de casamento diverso do de comunhão universal, o usufruto era de metade da herança, também enquanto durasse a viuvez. O cônjuge que fosse casado sob o regime de comunhão universal tinha o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único desta natureza a inventariar e também apenas enquanto durasse a viuvez.

Como percebe-se, o direito de usufruto ou direito real de habitação era temporário, findando caso o cônjuge sobrevivente contraísse novas núpcias.

Ainda sobre o direito de usufruto por parte do cônjuge sobrevivente, mas tratando-se, agora, de previsão ainda mais específica, temos o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que previu o seguinte:

Art. 17. À brasileira, casada com estrangeiro sob regime que, exclua a comunhão universal, caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se não os houver.

Esta Lei é anterior àquela que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, de 1962. Mas uma não revoga a outra, visto que tratam de situações diversas, apesar de tratar sobre direito de usufruto de herança por parte do cônjuge sobrevivente.

Ainda assim, considerando toda a evolução e considerando que o cônjuge passou a ocupar a terceira classe na linha sucessória, ele nada tinha de herdeiro necessário, ou seja, poderia ser afastado da sucessão por simples disposição testamentária, de acordo com o artigo 1.725 do Código Civil brasileiro de 1916.

Proteger legalmente aquele com quem o *de cujus* escolheu para dividir sua vida se tornou imperativo, no momento em que o conceito de família passou a transcender as linhas da consanguinidade. Por este motivo o Código Civil brasileiro de 2002 elevou o cônjuge a herdeiro necessário (artigo 1.845), fazendo jus à legítima (artigo 1.846), podendo concorrer com descendentes (em determinadas situações que veremos mais adiante) ou com o ascendentes, mantendo-se também no terceiro lugar da ordem sucessória, onde continua a herdar sozinho na falta daqueles.

Como bem argumenta Paulo Lobo:

Não é mais justificável na contemporaneidade que parentes distante (que já atingiram o décimo grau, no Brasil), alguns até mesmo desconhecidos do *de cujus*, prevaleçam sobre o cônjuge sobrevivente. A ideia de patrimônio familiar, que deve permanecer na família extensa, em razão do sangue, não mais se sustenta.¹⁴

Mais à frente, continua:

Entende-se que, na contemporaneidade, a família matrimonial tem nos cônjuges seus elementos mais estáveis, porque os filhos, em determinado momento de suas vidas, se desligarão da entidade familiar originária para formar outra.¹⁵

¹⁴ Cfr. Paulo Lobo, *in* Direito Civil – Sucessões (eBook).

¹⁵ Cfr. Paulo Lobo, *in* Direito Civil – Sucessões (eBook).

Concordamos inteiramente com o raciocínio do respeitado doutrinador brasileiro. Além da melhor posição na ordem sucessória, o fato de ser, finalmente, considerado herdeiro necessário transformou sua participação imperativa.

Toda esta evolução apenas mostra e comprova a tendência para a horizontalização do direito sucessório¹⁶, ou seja, a verticalização sucessória, prevendo os descendentes e ascendentes (parentes da linha vertical) como prioritários no fenômeno sucessório, começa a dar cada vez mais espaço para o cônjuge, ente familiar ao lado do *de cuius* (na linha horizontal).

3.2 No direito português

No direito português também podemos ver de forma clara a evolução da posição sucessória do cônjuge.

As Ordenações (as Afonsinas, as Manuelinas e, depois, as Filipinas) era o conjunto de leis que, disciplinando sobre matérias diversas, vigorava em Portugal. Não havia um resumo, uma síntese de leis que regulasse especificamente uma matéria. Até que, em 1867, surge o primeiro Código Civil português.

O Código de Seabra, como ficou conhecido o primeiro Código Civil português, previa no seu artigo 1108º o regime da comunhão geral de bens como o regime supletivo (legal), o que garantia ao cônjuge, em caso dissolução do casamento (por morte ou separação), a meação da totalidade dos bens do casal:

Artigo 1108º

O casamento, segundo o costume do reino, consiste na comunhão, entre os conjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não exceptuados na lei.

O mesmo diploma previa o cônjuge como herdeiro na quarta classe, depois dos descendentes, ascendentes e dos irmãos com seus descendentes (nesta ordem, de acordo com o artigo 1969º e também com o artigo 2003º).

Artigo 2003º

Na falta de descendentes, ascendentes, e irmãos e descendentes destes, succederá o conjuge sobrevivivo, exepcto achando-se judicialmente separado de pessoas e bens por sua culpa.

A colocação do cônjuge em quarta classe lhe mantinha um pouco distante do núcleo, mas justificava-se pelo fato da meação ser baseada no regime da comunhão universal de bens, e desta forma o cônjuge sobrevivivo já estaria presumivelmente amparado

¹⁶ Cfr. Paulo Lobo, *in* Direito Civil – Sucessões (eBook).

economicamente. Ainda assim, é interessante perceber que naquela época a lei já se preocupava em manter o cônjuge na linha hereditária, mostrando a importância da figura do marido ou da mulher na relação familiar como membro imprescindível deste contexto e digno de ser considerado herdeiro legítimo.

Outra importante observação que fazemos é sobre a atenção dada à situação econômica do cônjuge, pois prevendo-o na sucessão de uma forma afastada, ou seja, não estando o cônjuge nos primeiros lugares da ordem de vocação hereditária, ainda assim o legislador preocupou-se com sua segurança econômica, e por isto instituiu o regime de comunhão geral de bens; ou, invertendo o olhar, o deixou afastado dos primeiros lugares da sucessão por já ter garantia de subsistência com sua meação através do regime de bens legal (de comunhão geral de bens). O certo é que, de uma maneira ou de outra, a situação econômica do cônjuge sobrevivente foi objeto de preocupação do legislador. Entretanto, o regime legal não era obrigatório, e caso fosse outro o adotado pelo casal, o cônjuge sobrevivente poderia ficar desamparado economicamente. Desta forma, percebemos que apesar da constante atenção, o legislador não pôde garantir uma participação do cônjuge sobrevivente nos bens do autor da sucessão.

Entretanto, o legislador previu no artigo 1231º que independentemente do contrato do dissolvido casamento, o cônjuge que, com a morte do outro, se achasse sem meios de subsistência, tinha direito de ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo autor da sucessão:

Artigo 1231º

Fosse qual fosse o contracto do dissolvido casamento, o cônjuge, que, por morte do outro se achar sem meios de subsistencia, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem.

§ único. Esta disposição não abrange os bens, de que o cônjuge falecido tenha sido mero usufrutuário.

Ou seja, caso a meação advinda não fosse suficiente ou, ainda, se outro fosse o regime de bens adotado, em que o cônjuge sobrevivente não tivesse direito à meação, ainda lhe restava este direito de apanágio para garantir-lhe meios de subsistência. Vê-se, portanto, o cuidado com a figura do cônjuge na esfera sucessória, mesmo que este não ocupasse a posição de herdeiro.

Em seguida veio o Código Civil de 1966, que deve ser analisado em duas fases: antes e depois da Reforma de 1977. Aqui nos deteremos à análise pré-Reforma para, mais à frente, adentrarmos no estado pós-Reforma, que é o estado atual da posição sucessória do cônjuge.

O Código Civil português de 1966 manteve o cônjuge desprivilegiado, pois, de acordo com o artigo 2133º que disciplinava a classe dos sucessíveis, ele continuou a ser herdeiro apenas em quarto lugar, após os descendentes, ascendentes, irmãos e descendentes destes. O cônjuge tinha privilégio de posição somente em relação aos outros colaterais (até o sexto grau), que estavam em quinto lugar na posição sucessória.

O Código Civil de 1966 mudou o regime de bens supletivo para o da comunhão de adquiridos e previu o cônjuge como herdeiro legítimo, mostrando algum avanço no sentido de privilegiar o cônjuge sobrevivente. E no Título II (da sucessão legítima) do Livro das Sucessões, o Capítulo V é dedicado à sucessão do cônjuge, trazendo três importantes artigos, a saber o artigo 2146º (sobre usufruto), o artigo 2147º (sobre o chamamento do cônjuge) e o artigo 2148º (sobre a situação do cônjuge divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens).

O artigo 2146º dispôs sobre o direito de usufruto vitalício que o cônjuge passou a ter, caso a sucessão fosse deferida aos irmãos ou aos seus descendentes. Este direito de usufruto vitalício era previsto a título de legado legítimo, uma vez que o artigo 2030º, nº 4 assim dispunha: “O usufrutuário, ainda que o seu direito incida sobre a totalidade do património, é havido como legatário”. O cônjuge seria chamado à sucessão como herdeiro, como vimos, apenas na quarta posição, na falta de parentes das três primeiras classes de sucessíveis, herdando a totalidade da herança (artigo 2147º). Por fim, o artigo 2148º determinou que para que o cônjuge sobrevivente chamado à sucessão pudesse herdar, era preciso que à data da morte do autor da herança não estivesse divorciado ou separado judicialmente de pessoas e de bens por sentença que já tivesse transitado ou viesse a transitar em julgado.

O Código Civil de 1966 manteve, ainda na seara de benefícios ao cônjuge, o seu direito de apanágio, previsto no artigo 2018º deste diploma. O direito de apanágio não se trata de um direito sucessório, apesar de *causa mortis*. É, na verdade, um direito a alimentos, inserido no Direito de Família, mas que advém da herança. De acordo com o artigo 2004º, nº 1, havendo necessidade do cônjuge sobrevivente e possibilidade por parte daqueles que recebem os bens como herança, concomitantemente, o rendimento dos bens deixados pelo autor da herança servirão para alimentar o cônjuge sobrevivente. Sobre este direito de apanágio concomitante com o direito sucessório do cônjuge, interessante destacar a visão de José de Oliveira Ascensão:

Pode estranhar-se que se tenha mantido o apanágio quando de tantas maneiras se reforça a posição sucessória do cônjuge sobrevivente. Na realidade, se pressuposto daquele é a necessidade do alimentando, pode ainda ter justificação quando o valor da herança for tão exíguo que o quinhão do

legitimário não baste para ocorrer às suas necessidades. [...] Também este apanágio do cônjuge sobrevivente não representa diretamente um instituto sucessório. Representa um direito a alimentos, que o cônjuge sobrevivente tem por direito próprio, e só se repercute em matéria de sucessões por constituir um encargo da herança.¹⁷

Comparando o Código Civil de 1966 (segundo sua redação original) com o primeiro Código Civil português (o Código de Seabra, de 1867), percebemos que no campo sucessório as alterações foram poucas, precisamente com a inclusão do usufruto vitalício, mantendo todas as outras disposições da mesma forma, tanto quanto à posição na ordem de vocação sucessória quanto ao direito de apanágio (ainda que este não seja considerado direito sucessório, aqui o incluímos). Apesar destas semelhanças, o simples fato de o Código Civil de 1966 alterar o regime legal de bens (da comunhão geral para a comunhão de adquiridos) ao mesmo tempo que mantém a posição sucessória do cônjuge acaba por dar um resultado desprivilegiado nesta comparação temporal. A meação do cônjuge passa a ser menor, pois os bens que serão divididos serão apenas os adquiridos na constância do casamento, e a dificuldade em se tornar herdeiro é a mesma que tinha em 1867 quando sua meação era em relação a todos os bens do casal. Claro que esta não é uma situação absoluta, pois apesar da mudança do regime legal de bens os cônjuges não eram obrigados a aceitá-lo, podendo convencionar outro. Entretanto, o regime legal de bens é, geralmente, o adotado pela maioria. Ademais, o legislador que alterou o regime poderia pensar neste possível desfecho e alterar, também, a posição sucessória do cônjuge para uma mais confortável.

Por fim, o marco mais importante da situação sucessória do cônjuge no direito português foi a Reforma de 1977, onde o cônjuge foi elevado da quarta à primeira classe na ordem de vocação sucessória, passando a concorrer diretamente com os descendentes. Mas este ponto será objeto de análise do próximo passo deste trabalho, no Capítulo 5. Antes disso, e encerrada a análise da trajetória temporal da situação do cônjuge no direito sucessório, passemos à mesma análise em relação ao companheiro/convivente.

¹⁷ Cfr. José de Oliveira Ascensão, *in* Direito Civil – Sucessões, p. 340.

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO OU CONVIVENTE

O companheiro ou convivente (nomenclaturas utilizadas no Brasil e em Portugal, respectivamente) aparece cada vez mais na legislação. Os laços de comunhão de vida criados a partir da união de pessoas com o intuito de constituir família é cada vez mais bem visto pelos olhos da sociedade.

Mas não é tão simples assim. Apesar da evolução do instituto da união estável, como diz-se no Brasil, ou união de facto, expressão utilizada em Portugal, o direito e a sociedade atual ainda demonstram certa reticência em relação a esta forma de família, cuja situação ainda não é tão descomplicada como deveria.

Nas próximas páginas nos dedicaremos à análise histórica do espaço do companheiro ou convivente no direito sucessório, assim como fizemos com o estudo do cônjuge no capítulo anterior, nos detendo aos principais fatos históricos que modificaram diretamente ou que concorreram para alguma mudança ao longo do tempo.

4.1 No direito brasileiro

Discorrer sobre o companheiro é, na verdade, trazer à tona a história da união estável no Brasil.

Até a Constituição Federal de 1988 os companheiros não tinham qualquer direito advindo da relação conjugal, inclusive direitos sucessórios. A família advinda do casamento era a ideia perfeita de família, sendo valorizada e elevada. A união estável não era considerada entidade familiar, sendo equiparada, para efeitos de dissolução conjugal, à sociedade de fato, esta disciplinada por outro campo do Direito Civil (o direito das obrigações¹⁸), tudo isto de acordo com a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em 03 de abril de 1964, e que dispunha o seguinte: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos¹⁹, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do

¹⁸ A exemplo dos artigos 1.363 e 1.366 do Código Civil de 1916, vigente à época: “Art. 1.363. Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutualmente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.”; “Art. 1.366. Nas questões entre os sócios, a sociedade só se provará por escrito; mas os estranhos poderão prova-la de qualquer modo.”.

¹⁹ Antes de prosseguir, cumpre ressaltar as diferentes nomenclaturas. A esta altura, antes da Constituição Federal de 1988, o termo concubinato era utilizado tanto para as relações entre duas pessoas que mantinham relações como se casados fossem, mas sem formalizar esta união como casamento (concubinato puro), quanto para relações não eventuais entre duas pessoas em que uma delas estava impedido de casar (concubinato impuro ou adúlterino). O concubino desta última situação era comparado ao amante, que mantinha relação amorosa com pessoa casada. Lógico que na Súmula 380 do STF tratava-se do concubinato puro, uma vez que se o *de cujus*

patrimônio adquirido pelo esforço comum”, o que também deveria restar comprovado. Este foi um grande avanço para o reconhecimento da união estável, reconhecendo a relação conjunta como uma construção comum de esforços em benefício de uma vida a dois. O direito sucessório não está explicitamente previsto na Súmula, mas como o direito sucessório disciplina a divisão patrimonial advinda de uma das formas de dissolução conjugal (a morte), a aplicação se tornou adequada. Apesar desta Súmula deixar espaço para enquadramento do companheiro na sucessão, na visão de alguns aplicadores do direito, o companheiro não era herdeiro.

A partir da Constituição Federal de 1988 engendrou-se uma considerável ampliação dos direitos do companheiro, visto que o §3º do artigo 226 da Carta reconheceu a união estável como entidade familiar, chamando a atenção de todos e cobrando proteção por parte do Estado. A comparação da união estável com o casamento começou a surgir e gerar discussões cada vez mais específicas, chegando, inclusive, ao direito sucessório. Alguns entenderam que a equiparação dada no âmbito constitucional já permitia equiparar todos os direitos previstos para o cônjuge, enquanto outros acreditaram que havia a necessidade de legislação específica neste sentido, apontando, diretamente, quais as circunstâncias o companheiro teria os mesmos direitos (e por que não deveres também?) do cônjuge. As discussões apenas começaram e, apesar desta previsão constitucional, nada se tinha especificamente sobre o direito sucessório do companheiro, mantendo-se, para estes fins, a equiparação à sociedade de fato, pois o entendimento predominante foi o de que a equiparação constitucional não era capaz de inserir o companheiro na realidade sucessória prevista para o cônjuge²⁰.

Em 1994, algum tempo depois da entrada em vigor da nova Constituição Federal, foi publicada a Lei nº 8.971²¹ para regular o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. De acordo com a nova lei, a união estável só poderia ser reconhecida, exclusivamente para fins de sucessão e alimentos, após mais de cinco anos de convivência ou, independentemente de tempo, quando da relação tenha sobrevivido prole do casal.

Cinco anos era, portanto, o prazo legal para que se reconhecesse uma estabilidade de comunhão de vida e o objetivo de constituição de família. Desta forma, o direito estava restrito às uniões de fato que comprovassem este período mínimo de convivência ou que

fosse casado, seu cônjuge era a pessoa que faria jus à condição de herdeiro. Mais à frente veremos que a Lei nº 9.278/96 definiu a união estável e o Código Civil de 2002 a diferenciou do concubinato.

²⁰ Cfr. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *in* Direito das Sucessões, p. 208.

²¹ Texto integral desta Lei em anexo.

tivesse prole, hipótese em que o lapso temporal não tinha qualquer importância. Além disso, o companheiro falecido deveria ser solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo.

O companheiro passou a ter direito a alimentos enquanto não constituísse nova união e desde que provasse a necessidade (art. 1º). No art. 3º a lei previu o direito do companheiro à meação em relação aos bens resultados de sua colaboração; esta colaboração não era presumida, devendo ser provada pelo interessado (companheiro sobrevivente).

No tocante ao direito sucessório, foi no art. 2º que a lei previu a participação do companheiro, da seguinte forma: I) se houvesse filhos em comum e enquanto não constituísse nova união, o companheiro sobrevivente tinha direito ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*; II) na inexistência de filhos, o usufruto seria de metade dos bens do *de cujus*; III) na falta de descendentes e ascendentes, o companheiro herdava a totalidade da herança. O inciso III era o que mais considerava o companheiro como herdeiro, já que ele assumiria uma posição real de herdeiro em relação à totalidade da herança, recebendo-a como proprietário; nas situações previstas nos dois primeiros incisos o seu direito se restringia ao de usufruto de determinada parte da herança.

À época as posições sucessórias do companheiro e do cônjuge ficaram semelhantes, pois, apesar de alguns diferentes detalhes, ambos herdavam a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes. O texto constitucional disposto no §3º do art. 226 da Constituição Federal começava a dar resultado prático.

O direito deve acompanhar a sociedade, disciplinando os fatos de acordo com a evolução das pessoas e do meio. Novas situações vão surgindo com o passar do tempo, os costumes mudam, as concepções adotam novas formas, e o papel do Direito é simplesmente cuidar destes avanços para que não tenhamos que viver em um mundo moderno com leis que não seguem seu tempo. A união estável é um dos institutos surgiram com o tempo, com a mudança de comportamento das pessoas, e que foi ganhando cada vez mais força e reconhecimento da sociedade. O legislador, observando a tendência e a necessidade, tratou de cuidar deste novo modelo de entidade familiar.

Em 1996 surgiu então a Lei nº 9.278²² para regular o disposto no §3º do artigo 226 da Constituição Federal. E a primeira coisa que observamos é o conceito da união estável no primeiro artigo da lei: “Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Esta definição foi muito importante para definir quais as relações

²² Texto integral desta Lei em anexo.

poderiam, de fato, ser consideradas uniões estáveis, pois a partir daí os elementos durabilidade, publicidade, continuidade e objetivo de constituição de família deveriam estar presentes. A durabilidade significava que a convivência deveria ser sólida, firme, estável, permanente; a publicidade deveria estar demonstrada, ou seja, as pessoas do cotidiano do casal naturalmente deveriam saber da existência daquela união, pelo simples fato dos companheiros poderem sair à rua juntos, como casal, publicamente; a continuidade denotava que a relação teve um início e que a história do casal estava sendo construída ao longo do tempo sem interrupções; por fim, para caracterizar a relação como união estável, o casal deveria ter o ânimo de constituir família com esta relação. Em relação ao que previa a Lei de 1994, percebemos que o lapso temporal foi extinto e deu espaço a critérios mais subjetivos como a durabilidade e continuidade. Outra importante mudança foi a omissão, na Lei mais atual, sobre o estado civil dos companheiros que integram a união estável²³. A relação que estivesse assim caracterizada seria considerada união estável. Assim sendo, a Lei de 1996 era destinada para estas pessoas.

Os bens adquiridos durante a união estável são considerados presumidamente como obtidos com esforço comum. A presunção é a novidade, elemento não existente anteriormente na à Lei de 1994, já que o companheiro sobrevivente teria que provar que havia contribuído para a aquisição do patrimônio em questão. A partir de 1996 esta colaboração era entendida como normal, natural de uma união estável como acontece com qualquer família, onde todos trabalham em prol da manutenção e crescimento desta.

Já no parágrafo único do artigo 7º esta lei previu algo sobre o direito sucessório, assim dispondo: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.”. Apesar de não ser um direito à herança, o direito real de habitação advém da existência dela; o companheiro sobrevivente não irá receber a propriedade de um quota da herança, mas poderá usufruir da residência familiar. Este direito não estava sujeito a regime de bens, existência de outros imóveis ou qualquer outro obstáculo; o companheiro só deixaria de fazer jus a este direito apenas se morresse (obviamente) ou contraísse nova união ou casamento. Esta inovação foi um passo importante para a consideração do companheiro no fenômeno sucessório.

Por fim, o último passo dado neste sentido foi com o Código Civil de 2002, atualmente vigente no Brasil. Ele traz os principais aspectos da atual posição sucessória do

²³ Obviamente não podia ser, qualquer um dos companheiros (ou ambos), casado, pois a lei brasileira é baseada na estrutura familiar monogâmica.

companheiro, que passaremos a ver no Capítulo 6. Por ora continuemos com a análise da evolução histórica, passando a estudar o caso português.

4.2 No direito português

O termo união de facto foi utilizado legalmente no direito português pela Reforma de 1977, no artigo 2020º do Código Civil²⁴. O Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro, deu ao artigo 2020º a seguinte redação:

Artigo 2020º

(União de facto)

1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009º.
2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão.
3. É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior.

Foi a partir daí que o convivente passou a ter direitos advindos da relação de união de facto.

O nº 1 do dispositivo transcrito trouxe o conceito da união estável fazendo relação ao casamento, considerando que ambas as relações têm condições análogas. Esta referência muito significou em relação ao processo de reconhecimento da união estável e busca de alargamento dos direitos aos conviventes. O artigo 2020º, especificamente, já previu o direito a alimentos ao convivente sobrevivente, o que foi um passo importante para a evolução dos direitos dos conviventes.

Em 1999, a Lei nº 135, de 28 de agosto, estabeleceu o regime de proteção das uniões de facto. O artigo 3º elencou os direitos aos quais os conviventes faziam jus, entre eles o direito à proteção da casa de morada de família (alínea a), regulado no artigo seguinte.

Em relação à casa de morada de família, em caso de morte do convivente proprietário da casa de morada do casal, o convivente sobrevivente tinha o direito real de habitação pelo prazo de cinco anos e direito de preferência na sua venda ou arrendamento (artigo 4º, nº 1). Apesar desta inovação, tal direito era limitado, pois caso existissem descendentes ou ascendentes sobreviventes que vivessem há pelo menos um ano com o falecido e pretendessem continuar a habitar a casa, o direito de habitação não se aplicaria ao

²⁴ Cfr. Cristina M. Araújo Dias, Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar *in* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. VI, p. 451.

convivente. Ademais, tal direito também poderia ser afastado por simples disposição testamentária (artigo 4º, nº 2).

Menos de dois anos depois surgiu a Lei nº 7/2001, de 11 de maio, que revogou a Lei nº 135/99. As mudanças foram poucas, principalmente no que diz respeito às questões sucessórias.

Em relação ao direito de habitação encontramos alguns detalhes que foram modificados. No que diz respeito à preferência de venda da casa de morada, foi fixado o prazo de cinco anos (o mesmo prazo para o usufruto da habitação). Já o direito de preferência de arrendamento foi extinto.

O direito real de habitação tem natureza de legado deferido por lei e, ao analisar seus pormenores, percebesse que se trata, neste caso, de um legado legítimo. Ensina Luís A. Carvalho Fernandes:

A dúvida que se podia colocar, uma vez apurada sua fonte legal, quanto a saber se se trata de legado legítimo ou legitimário, tem resposta fácil, em vista do regime do n.º 2 do art. 4.º. Ao ser permitida a possibilidade de o testador fazer estipulações contrárias ao disposto no n.º 1 do preceito, fica evidenciada a natureza supletiva desta norma²⁵.

Uma vez que o direito de habitação continuou podendo ser afastado através de disposição testamentária, tratava-se, então, de um legado legítimo.

Já a mudança em relação à existência de descendente ou ascendentes ocorreu em benefício do convivente, pois passou a se considerar somente a existência de descendentes com menos de um ano de idade ou que com ele convivessem há mais de um ano e pretendessem habitar a casa para afastar o direito de habitação do convivente (artigo 4º, nº 2).

Por fim, em 2010 a Lei nº 23, de 30 de agosto, fez as primeiras alterações na Lei nº 7/2001. E esta é a versão mais recente, que vigora atualmente em Portugal. Em momento mais adequado iremos tratar sobre o estado atual da arte, motivo pelo qual deixamos as exposições sobre esta lei para depois.

Uma vez conhecida a história do cônjuge e do companheiro/convivente na realidade sucessória do Brasil e de Portugal, passemos à análise da condição atual em que se encontram estes entes.

²⁵ Cfr. Luís A. Carvalho Fernandes, *in* Lições de Direito das Sucessões, p. 393.

5. A ATUAL POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

Com o estudo do quadro histórico evolutivo do cônjuge no direito sucessório, feito nos capítulos anteriores, já temos uma visão ampla de como os passos foram dados e, também, uma noção de como se encontra a situação atual.

Neste capítulo destacaremos esta posição atual do cônjuge e, de forma mais minuciosa, estudaremos como este ente familiar pode figurar na sucessão, qual sua posição na ordem sucessória, quais os benefícios que a lei concede especificamente para a pessoa que passa a ser viúva, se há outros benefícios que podem advir da herança, entre outras coisas.

De antemão podemos adiantar alguns pontos que são igualmente considerados em ambos os países, como a preferência de classes. De acordo com a preferência de classes, os herdeiros sucessíveis de uma classe têm preferência em relação aos da classe seguinte. O Código Civil português, aliás, prevê esta regra no artigo 2134º. Já no Código Civil brasileiro esta regra está implícita no art. 1.829, que estabelece a ordem de deferimento da sucessão legítima às diferentes classes de herdeiros.

Outra semelhança que já podemos apontar diz respeito à ordem da vocação hereditária, que é praticamente a mesma nas duas legislações, à exceção do fato de o direito português contemplar o Estado também no rol dos herdeiros legítimos, o que não ocorre no direito brasileiro, aspecto este que, no entanto, não toca os limites deste trabalho. Além disso, ambos os países se preocuparam em proteger o cônjuge em alguns dispositivos sucessórios, como, por exemplo, na reserva de uma quarta parte da herança na concorrência com descendentes. Mas já são detalhes que precisamos analisar com mais calma, um por vez.

Passemos, então, ao estudo da posição do cônjuge de forma separada, no Brasil e em Portugal.

5.1 No Brasil

Aberta a sucessão, pessoas serão chamadas a suceder, logicamente. A lei prevê uma ordem, chamada de ordem de vocação hereditária, para que tudo aconteça de forma organizada e de forma mais próxima da presumível vontade do *de cuius*, caso ele não tenha deixado testamento.

É no polêmico art. 1.829 do Código Civil que encontramos disposta a ordem de vocação hereditária, da seguinte forma: em primeiro lugar, os descendentes em concorrência com o cônjuge; em segundo lugar, os ascendentes em concorrência com o cônjuge; em terceiro lugar, apenas o cônjuge; e, em quarto e último lugar, os parentes colaterais. De todos,

apenas os parentes colaterais não são herdeiros necessários, podendo ser afastados totalmente, por livre decisão do *de cuius*²⁶.

De acordo com o que prevê o art. 1.829, o cônjuge é considerado na terceira classe sucessória, apesar de já poder suceder na primeira, em concorrência com os descendentes, e na segunda, em concorrência com os ascendentes. É comum considerar-se o cônjuge herdeiro de terceira classe, porque é somente nesta colocação que o cônjuge pode, finalmente, herdar a totalidade da herança. Discordamos em parte deste entendimento. Ora, o cônjuge já pode herdar, mesmo tendo que concorrer, desde a primeira classe. Entendemos, portanto, que ele é herdeiro de primeira, segunda ou terceira classe, na ordem da vocação hereditária estabelecida na lei e de acordo com o caso concreto, observadas, ainda, as exceções impostas no inciso I do citado artigo sobre os regimes de bens.

Para saber se cônjuge poderá ou não concorrer com os descendentes deve-se saber qual o regime de bens escolhido no casamento. Nem todos os cônjuges podem concorrer com os descendentes, e o regime de bens foi o critério escolhido pelo legislador. A intenção parece ter sido a de não deixar o cônjuge desamparado, entendendo que no caso de ser meeiro ele será afastado da sucessão em concorrência com os descendentes. Por isso (também) é tão comum no direito brasileiro estudarmos o Direito das Sucessões sempre vinculado ao Direito de Família, pois é inevitável o conhecimento do regime de bens antes de tratar do direito sucessório do cônjuge. No Capítulo 8 veremos detalhadamente todos os casos de concorrência e discutiremos todos os pormenores do “temido” inciso I do artigo 1.829 do Código Civil brasileiro.

Para que o cônjuge possa ser considerado herdeiro ele deve preencher os requisitos do artigo 1.830²⁷, quais sejam: i) não estar separado judicialmente do falecido ao tempo de sua morte e ii) não estar separado de fato do falecido há mais de dois anos. Neste último caso, o cônjuge separado há mais de dois anos ainda pode ser herdeiro se provar que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, argumento que tem causado muita polêmica no meio acadêmico e também profissional²⁸. Mas deixaremos esta discussão para um momento mais oportuno.

²⁶ Cfr. artigo 1.850 do Código Civil brasileiro.

²⁷ Assim dispõe o artigo 1.830 do Código Civil brasileiro: “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”.

²⁸ Há discussão sobre a validade desta última parte do artigo 1.830 do Código Civil brasileiro, pois a Emenda Constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010, mudou a redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal, que antes determinava que para haver o divórcio o casal deveria, antes, ter prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Estes requisitos não mais existem; para a

Como herdeiro, o cônjuge irá receber uma parte ou a totalidade da herança. Quando concorrer com outras pessoas, sua parte irá variar a depender de quem sejam os concorrentes.

Caso a concorrência seja com os descendentes, o artigo 1.832 do Código Civil brasileiro determina que estes herdeiros receberão quinhões iguais, *não podendo o cônjuge receber quota inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer*.

Fica claro que a lei se preocupou em cuidar do cônjuge herdeiro para que não fique desamparado, protegendo-o quando da determinação de garantia de uma quarta parte da herança, caso o número de descendentes seja superior a 3.

Mas não é somente isto que reparamos. De imediato já percebemos duas situações: o cônjuge pode ser ascendente dos herdeiros com quem concorre, ou, num segundo caso, o cônjuge não é ascendente dos herdeiros com quem concorre. Pode acontecer, também, de o cônjuge ser ascendente apenas de alguns dos herdeiros com quem concorre, e os outros serem descendentes apenas do falecido. Mas esta última situação veremos mais adiante. Foquemos, por agora, no artigo 1.832.

Para entendermos de forma bem clara este dispositivo, recorreremos à lições de Flávio Tartuce e José Fernando Simão²⁹:

Exemplifica-se com as seguintes hipóteses em que o falecido deixa:

- a) Cônjuge e um filho (comum ou não): $\frac{1}{2}$ para o filho e $\frac{1}{2}$ para o cônjuge.
- b) Cônjuge e dois filhos (comuns ou não) $\frac{1}{3}$ para o cônjuge e $\frac{1}{3}$ para cada filho.
- c) Cônjuge e três filhos (comuns ou não): $\frac{1}{4}$ para o cônjuge e $\frac{1}{4}$ para cada filho.
- d) Cônjuge e *quatro filhos comuns*: $\frac{1}{4}$ para o cônjuge e $\frac{3}{4}$ a serem divididos entre os quatro filhos. Há uma reserva de quinhão.
- e) Cônjuge e *quatro filhos só do falecido* (exclusivos): $\frac{1}{5}$ para o cônjuge e $\frac{1}{5}$ para cada filho.

Ou seja: concorrendo somente com descendentes exclusivos do autor da sucessão, o cônjuge herdará sempre a mesma quota que cada um deles; concorrendo somente com descendentes comuns, o cônjuge herdará no mínimo 25% da herança (que corresponde à

dissolução do casamento o casal divorcia-se diretamente. Desta forma, assim dispõe o artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil: “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Apesar da mudança do texto constitucional, que dispensou os requisitos para o divórcio, os requisitos do artigo 1.830 do Código Civil brasileiro para que o cônjuge possa ser considerado herdeiro não foram revogados, continuando a lei civil da mesma forma. Por isto muitas críticas.

²⁹ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 178-179. Observe-se que o exemplo é dado com filhos, mas que fique claro que assim será em caso de concorrência do cônjuge com descendentes de qualquer grau.

reserva da quarta parte ou o que pode-se chamar de *piso da herança*³⁰). Logo, a proteção que observamos antes se dá somente se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

Agora lembremos de uma terceira situação levantada anteriormente, em que o cônjuge pode ser ascendente de alguns dos herdeiros com quem concorre mas os outros serem descendentes somente do falecido. É a hipótese de existir tanto descendentes comuns quanto exclusivos do *de cujus*. Neste caso, denominado de *filiação híbrida*³¹, deve (ou não) haver a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge, dada a existência também de filhos comuns? Não só parece complicado, como de fato é. Por isso também temos diversas correntes sobre este ponto, as quais passamos a analisar:

1ª corrente: a primeira corrente defende que sim, deve haver reserva de $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge em caso de filiação híbrida. Esta corrente é minoritária e defende que a existência de pelo menos um descendente do cônjuge sobrevivente já justifica a reserva de $\frac{1}{4}$, ainda mais porque o texto da lei não restringe à existência apenas destes descendentes, não sendo específico neste ponto. Deve-se então interpretar a lei privilegiando o cônjuge, atendendo o objetivo de concorrência criado pelo Código Civil de 2002. Basta, então, que exista pelo menos um descendente comum para que se justifique a reserva de um quarto.

A crítica que se faz a esta corrente é a de que os descendentes exclusivos do falecido serão prejudicados, pois quando o cônjuge concorre apenas com eles não deve haver a reserva de $\frac{1}{4}$. Tal prejuízo acabaria por acontecer em caso de existência de pelo menos um descendente comum. A lei parece querer proteger os descendentes exclusivos quando estabelece que estes terão direito a *quinhão* igual ao do cônjuge (mas silencia no caso de filiação híbrida).

Adeptos desta corrente³²: Sílvio de Salvo Venosa, Francisco José Cahali e José Fernando Simão.

2ª corrente: a segunda corrente defende que em caso de filiação híbrida não deve haver a reserva de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge, sendo esta a corrente majoritária. Para os defensores desta corrente, a interpretação do art. 1.832 deve ser restritiva, no sentido de o cônjuge só ter a reserva de $\frac{1}{4}$ no caso de ser ascendentes de todos os herdeiros com quem concorrer. Neste

³⁰ Expressão dada por Gustavo Rene Nicolau. Cfr. Gustavo Rene Nicolau, Sucessão legítima, desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa *in* Direito de família e das sucessões, p. 526.

³¹ Segundo Gustavo Rene Nicolau, esta “expressão foi cunhada pela professora de Direito Civil da Universidade de São Paulo, Giselda Hironaka”. Cfr. Gustavo Rene Nicolau, Sucessão legítima, desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa *in* Direito de família e das sucessões, p. 526. O mesmo afirmam Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 215.

³² Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 184.

sentido, mesmo que haja 10 descendentes comuns e apenas um apenas do falecido, o cônjuge não fará jus à reserva de $\frac{1}{4}$.

No silêncio da lei, que não previu o caso de filiação híbrida, os defensores desta corrente entendem que a solução deste caso não pode desfavorecer alguns descendentes para favorecer o cônjuge. Além disso, não seria justo dar tratamento diferenciado aos descendentes, separando-os em comuns e apenas do falecido, pois todos são descendentes deste, são irmãos, e merecem tratamento igual de acordo com a Constituição³³.

Compartilhando este mesmo entendimento, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado nº. 527 na V Jornada de Direito Civil com o seguinte teor: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”³⁴.

A crítica a esta teoria é semelhante àquela feita na corrente anterior por inobservância da intenção do legislador, que aqui se dá ao fato de que a reserva de $\frac{1}{4}$ existe para privilegiar intencionalmente o cônjuge, e este objetivo da lei acaba por ser, aqui, ignorado.

Adeptos desta corrente³⁵: Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce, Christiano Cassettari, Guilherme Calmon da Gama, Gustavo Rene Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, Inacio de Carvalho Neto, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Zeno Veloso.

3ª corrente: esta parece ser a corrente mais complicada, pois busca soluções matemáticas, não jurídicas. Aqui acredita-se que deve haver a reserva de uma quarta parte ao cônjuge somente em relação à concorrência com os descendentes comuns, mas o problema está em como operar esta quarta parte da herança. Dentro desta corrente encontramos três teorias, cada uma com uma fórmula de cálculo diferente.

- Teoria 1: Esta é a teoria de Eduardo de Oliveira Leite³⁶. De acordo com seu raciocínio, a herança deve ser dividida pelo número total de descendentes herdeiros, e dividida em dois blocos: um bloco sendo o total dos descendentes comuns e outro bloco sendo o total dos descendentes exclusivos. Do bloco do total dos descendentes comuns é retirado $\frac{1}{4}$ para o cônjuge, dividindo a diferença entre os descendentes comuns. O bloco dos descendentes exclusivos do falecido não deve ser tocado, apenas dividido entre eles. De

³³ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, no artigo 227, § 6º que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

³⁴ Cfr. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *in* Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados.

³⁵ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 185.

³⁶ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 186.

acordo com esta teoria o cônjuge tem uma quarta parte daquilo que cabe aos descendentes comuns, que, por isso, acabam por receber quinhão menor que os descendentes exclusivos.

Crítica: de acordo com esta teoria, o cônjuge concorre apenas com os descendentes comuns e não afeta os descendentes exclusivos do falecido, é verdade, mas isto acaba por dar tratamento diferente aos descendentes, pois os comuns podem receber quinhão menor do que o recebido pelos exclusivos, o que pode ser considerado inconstitucional por contrariar o §6º do art. 227 da Constituição Federal. Outra observação a ser feita é que nem sempre o quinhão do cônjuge corresponderá ao mínimo da quarta parte da herança, como propõe o artigo 1.832.

- Teoria 2³⁷: aqui a conta deve iniciar da mesma forma que na teoria anterior: a herança deve ser em dois blocos (um bloco sendo o total dos descendentes comuns e o outro bloco sendo o total dos descendentes exclusivos). O cônjuge concorre igualmente, por cabeça, em cada bloco, ou seja, no bloco dos descendentes comuns divide-se por cabeça (incluindo o cônjuge), e o mesmo é feito no bloco dos descendentes exclusivos. Em seguida soma-se os dois resultados do cônjuge (sua parte do primeiro bloco mais a sua parte do segundo bloco). Se este resultado obtido pelo cônjuge for maior ou igual a 25% do total da herança, este será o seu quinhão. Se foi menor que 25% do total da herança, a diferença para igualar aos 25% deverá ser retirada do bloco dos descendentes comuns.

Crítica: Nesta solução o problema de diferença dos quinhões dos descendentes continua, pois não há como garantir que os descendentes recebam igualmente. Se a soma dos resultados obtidos pelo cônjuge não atingir os 25% do total da herança, os descendentes comuns serão ainda mais prejudicados por terem que completar a quarta parte do cônjuge. Até agora esta nos parece ser a solução que menos tem sentido.

- Teoria 3³⁸: nesta última teoria o cálculo é bem diferente. Divide-se o total da herança pelo número de herdeiros (cônjuge, descendentes comuns e descendentes exclusivos). Do total, diminui a soma dos descendentes exclusivos. Da parte que restou, tira-se $\frac{1}{4}$, que será o quinhão do cônjuge. Após isto, retira-se do total da herança o valor do quinhão do cônjuge e divide-se o valor restante por cabeça entre todos os descendentes, sendo o resultado o quinhão de cada descendente.

³⁷ Segundo Flávio Tartuce e José Fernando Simão, esta teoria foi apresentada por Giselda Hironaka, mas ainda que a tenha apresentado deixa claro que não concorda com esta solução. Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol.6, p. 187.

³⁸ Teoria de Flávio Augusto Monteiro de Barros *apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 189.

Crítica: esta teoria apenas traz mais uma tentativa de resolver com equação um problema que parece não ter solução por esta via, pois os artigos do Código Civil brasileiro (um, uns ou todos desta matéria) continuam sem ser atendidos. Aqui, especificamente, o cônjuge não recebe $\frac{1}{4}$ da herança, mas de uma parcela dela. Ademais, os descendentes exclusivos tem seu quinhão afetado pela existência de descendentes comuns.

Sobre estas correntes (e teorias) para solucionar a concorrência do cônjuge com os descendentes conclui Giselda Hironaka que “não há posição firme e definitiva. A jurisprudência variará perigosamente e a solução é a mudança da lei ou a consolidação de Súmula”³⁹. Concordamos que a falta de legislação para regular a concorrência com descendentes de filiação híbrida causa uma instabilidade e insegurança jurídica neste campo. Uma decisão de primeira instância pode ser radicalmente modificada em instância superior com base em uma corrente ou em outra, mas sem uma lei que oriente a melhor forma de resolver a lide este é o estado atual da problemática.

Enquanto não temos mudança na lei para eliminar estas questões, o que temos de mais forte para fundamentar uma posição é o já citado Enunciado nº. 527, aprovado na V Jornada de Direito Civil, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que nos leva a entender de acordo com a segunda corrente aqui apresentada.

Nosso entendimento também caminha no sentido de não reservar uma quarta parte da herança em caso de filiação híbrida. O art. 1.832 busca proteger o cônjuge com a reserva da quarta parte da herança, mas também busca proteger os descendentes exclusivos do cônjuge, o que se sobrepõe, ao nosso ver, à proteção do cônjuge. Neste caso, a melhor leitura deste dispositivo deve ser no sentido de reservar $\frac{1}{4}$ da herança para o cônjuge somente quando ele for ascendente de todos os herdeiros com quem concorrer. Se a pergunta “o cônjuge é ascendente dos descendentes com que concorre?” for feita a todos os descendentes e tiver a resposta positiva (de acordo com a parte final do artigo 1.832), fará jus à sua reserva; em caso de resposta negativa em algum momento, a proteção dos descendentes exclusivos do *de cujus* deve prevalecer, e os outros descendentes devem ter os mesmos direitos que seus irmãos. Este é o nosso entendimento, seguindo a maioria da doutrina.

Dando seguimento aos aspectos que tocam a posição do cônjuge como herdeiro, destacamos também sua condição de usufrutuário em relação ao imóvel destinado à residência familiar, como dispõe o artigo 1.831:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o

³⁹ *Apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 191.

direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Alguns detalhes deste dispositivo merecem destaque. O primeiro é que este direito real é devido ao cônjuge independentemente do regime de bens adotado no casamento, diferentemente do que ocorria na vigência do Código Civil de 1916, cujo §2º do art. 1.611, incluído pela Lei nº 4.121/62, atribuía o direito real de habitação apenas ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão universal de bens. Ou seja, na sistemática atual, caso o regime de bens impeça que ele seja herdeiro em concorrência com os descendentes, o mesmo não pode acontecer em relação ao direito real de habitação. Logo, não é necessário que o cônjuge seja herdeiro para poder ter o direito real de habitação garantido. Outro destaque que fazemos é que o imóvel destinado à residência da família deve ser o único desta natureza a inventariar. Isso significa que caso haja mais de um imóvel destinado à residência da família a ser inventariado para fazer parte da herança deixada pelo *de cujus*, o cônjuge perde o direito real de habitação disposto no artigo que acabamos de citar. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já destacou: “o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza que integresse o patrimônio comum ou o particular de cada cônjuge”⁴⁰.

Por fim, merece atenção a possibilidade de uma sucessão irregular ou anômala, que pode ocorrer diferentemente do que vimos até aqui, com mudanças consideráveis. O art. 10, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por exemplo, dispõe que “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus”, possibilitando uma forma ou outra, no intuito de seguir a norma que maior benefícios ao cônjuge, especificamente, trouxer. Igual redação tem o inciso XXXI do art. 5º da Constituição Federal. Outro dispositivo que prevê solução diversa do que estudamos até então e é aplicado em situação diferenciada, especificamente quando se tratar de *de cujus* de outra nacionalidade, é o artigo 17 do Decreto-lei 3.200/1941, que dispõe o seguinte:

Art. 17. À brasileira, casada com estrangeiro sob regime que, exclua a comunhão universal, caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade, se não os houver.

⁴⁰ REsp. nº 826.838-RJ, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 25 de setembro de 2006.

Apesar da explícita menção ao *de cuius* homem, e conseqüente cônjuge sobrevivente mulher, pelo princípio da igualdade temos que entender que este dispositivo deve ser aplicado independentemente do sexo das pessoas em causa.

5.2 Em Portugal

Em Portugal o marco mais importante para o nosso estudo, como já citamos, foi a Reforma de 1977, que alterou algumas disposições do Código Civil e, entre outras coisas, afetou positivamente a posição sucessória do cônjuge. No preâmbulo do Decreto-lei nº 496/77, de 25 de novembro, encontramos importantes motivos para que tais mudanças ocorressem. O primeiro deles, de grande importância, é a adequação à Constituição das normas do Código Civil atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias⁴¹, dentre os quais encontra-se o tema do presente trabalho.

O início do processo sucessório dá-se mais ou menos da mesma forma do que vimos no direito brasileiro: aberta a sucessão, serão chamadas as pessoas que devem herdar. Em caso de falta de disposição testamentária, a lei prevê quem serão estas pessoas: os herdeiros legítimos. Como o próprio nome já sugere, estas pessoas terão legitimidade para herdar o que foi deixado pelo autor da sucessão. Este ponto inicial de abertura da sucessão legítima está previsto no artigo 2131º do Código Civil português.

Em seguida, o artigo 2132º esclarece quem são estes herdeiros legítimos: “São herdeiros legítimos o **cônjuge**, os parentes e o Estado, pela ordem e segundo as regras constantes do presente título.” (grifo nosso). O cônjuge, pois, está enquadrado, de acordo com a lei, como herdeiro legítimo para participar da sucessão do *de cuius*.

A ordem também é estabelecida pela lei:

ARTIGO 2133º

(Classes de sucessíveis)

1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adoção, é a seguinte:

- a) **Cônjuge** e descendentes;
- b) **Cônjuge** e ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;
- d) Outros colaterais até ao quarto grau;
- e) Estado.

2. O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e

⁴¹ Número 1 do preâmbulo do Decreto-lei nº 496/77, de 25 de Novembro.

bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785º. (grifo nosso)

Como podemos observar, o cônjuge já é chamado à sucessão na primeira classe de sucessíveis em concorrência com os descendentes, e não resta dúvidas que ele integra esta classe (apesar de o fazer em concorrência), pois o nº 2 do citado artigo dispõe sobre isto de forma clara. Na inexistência de descendentes, passa a integrar a segunda classe, em concorrência com os ascendentes.

Entretanto, antes de passar à concorrência com os ascendentes, cabe aqui destacar uma importante observação referente ao artigo 2141º que dispõe que “na falta de descendentes sucede o cônjuge, sem prejuízo do disposto no capítulo seguinte”. Caso os descendentes existam, sejam chamados à sucessão mas não possam ou não queiram aceitar a herança, o cônjuge herdará sozinho, mesmo existindo ascendentes e descendentes do autor da sucessão. A delicada análise é trazida por José de Oliveira Ascensão, que conclui o raciocínio argumentando que “a expressão utilizada, *na falta*, exprime normalmente o afastamento anterior à abertura da sucessão; se o afastamento é posterior, fala-se em ‘não poder ou não querer aceitar’. Isto pelo que respeita ao acrescer na sucessão legítima”.⁴² Desta forma, é válida a hipótese de o cônjuge herdar a totalidade da herança mesmo na existência de descendentes e ascendentes.

Por último, na inexistência de descendentes e ascendentes, o cônjuge passa a herdar sozinho a totalidade da herança, ou ao menos a parte legítima caso haja disposições testamentárias. Neste último caso, o cônjuge passa a integrar sozinho uma terceira classe na ordem de vocação hereditária, conforme prevê o artigo 2144º: “Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da herança.”. Já observamos uma evolução significativa da posição sucessória do cônjuge se compararmos com o direito anterior, quando ocupava apenas o quarto lugar na ordem de vocação sucessória, após descendentes, ascendentes, irmãos e descendentes destes, e tinha privilégio apenas em relação aos outros colaterais, como visto no Capítulo 3. Tais mudanças foram uma forte preocupação com o legislador operante na Reforma de 77⁴³.

⁴² Cfr. José de Oliveira Ascensão, *in* Direito Civil – Sucessões, p. 344.

⁴³ No preâmbulo do Decreto-lei nº 496/77, de 25 de Novembro, assim dispõe o nº 50 sobre as alterações da posição sucessória do cônjuge sobrevivente: “No domínio do direito das sucessões, a definição da posição do cônjuge sobrevivente foi seguramente o problema que justificou mais demorada atenção. A situação que o direito vigente atribui ao cônjuge sobrevivente na escala dos sucessíveis legítimos, bem como a sua exclusão da sucessão legítima, está longe de ajustar-se àquela concepção de família nuclear ou família conjugal já referida, que é a concepção dominante no tipo de sociedade a que se reconduz a actual sociedade portuguesa. Dessa concepção decorre que ao cônjuge, entrado na família pelo casamento, deve caber um título sucessório semelhante em

O artigo 2133º ainda nos traz mais algumas informações importantes em relação à posição do cônjuge como herdeiro: as condições necessárias para que ele possa participar da sucessão, independentemente da classe que integrará. Na verdade o nº 3 prevê alguns casos em que o cônjuge não poderá assumir o papel de herdeiro: a) caso esteja divorciado ou separado judicialmente de pessoas e de bens; ou b) caso a ação de divórcio ou de separação já esteja em trâmite e a sentença seja proferida após a data da morte do autor da sucessão. Ou seja, basta que o processo de divórcio ou separação esteja em trâmite para que a situação do cônjuge sobrevivente como herdeiro possa ser afastada. A existência de sentença, transitada em julgado ou não, já afasta o cônjuge da sucessão. Aliás, mesmo a sentença posterior à morte do autor da sucessão causa este efeito, desconsiderando o cônjuge como herdeiro. A ressalva que fazemos é em relação ao casal separado apenas de fato (artigo 1782º), situação não abarcada neste dispositivo e que, portanto, não pode ser considerada para afastar o cônjuge sobrevivente da sucessão⁴⁴. O que fica claro para nós é que só poderá ser considerado aquele que era de direito e de fato cônjuge do falecido à data da sua morte. O cônjuge que estava casado apenas formalmente mas que já tinha todo um caminho traçado no sentido de dissolver o casamento não faz jus à sua parte na herança, podendo ser considerado ex-cônjuge, pelo menos para fins sucessórios.

Na concorrência com os descendentes, o cônjuge tem uma proteção prevista no artigo 2139º que lhe reserva a quarta parte da herança caso tenha que concorrer com mais de três descendentes. Mais à frente discutiremos detalhadamente sobre os casos de concorrência do cônjuge com os outros herdeiros. Entretanto, desde já observamos que a previsão desta garantia de pelo menos ¼ da herança para o cônjuge sobrevivente foi uma maneira de protegê-lo e garantir uma participação significativa na sucessão.

O cônjuge é considerado herdeiro legitimário no direito sucessório português, juntamente com os descendentes e ascendentes (artigo 2157º). Isto demonstra grande importância e atenção à figura daquele que era casado com o autor da sucessão à época da sua

dignidade ao dos descendentes que na família entraram pela geração. Por isso se justifica não só que ele prefira aos irmãos e restantes colaterais do de *cuius*, mas também que seja chamado a concorrer à herança com os descendentes e ascendentes. Neste sentido, consagra-se agora que na sucessão legítima o cônjuge integre a primeira classe sucessória se à herança vierem descendentes do falecido; que ele integre a segunda classe se concorrer com ascendentes, na falta de descendentes, e, finalmente, que lhe caiba toda a herança, a não existirem descendentes nem ascendentes.”.

⁴⁴ José António de França Pitão atenta para a similitude entre as situações de separação judicial e de separação de facto, pois em ambos os casos os efeitos patrimoniais do casamento estão afastados. Por isto, este autor considera incorreta a solução adotada pelo legislador em considerar uma situação afastado da sucessão enquanto outra não. Ademais, sugere que a solução seja baseada na culpa, considerando herdeiro apenas o cônjuge inocente ou menos culpado pela separação. Cfr. José António de França Pitão, *in* A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português, p. 33.

morte, pois ser herdeiro legitimário é ter a garantia de que não poderá ser afastado da sucessão, bem como ter garantida uma parte mínima da totalidade da herança (a legítima, prevista no artigo 2156º).

No Capítulo 7, onde discorreremos sobre o cônjuge como herdeiro concorrente, veremos que em caso de concorrência com descendentes e com ascendentes, também considerados herdeiros legitimários, haverá uma parte reservada a eles para que haja o concurso. É a parte legítima, que varia de acordo com a figura dos herdeiros e com a quantidade deles. Na inexistência de concorrência, caso em que o cônjuge seja o único herdeiro, a legítima será de metade da herança conforme prevê o artigo 2158º, podendo o autor da herança dispor como bem entenda sobre a outra metade.

Além de figurar como herdeiro e ter o direito de herdar uma parte da herança, o cônjuge também tem alguns direitos advindos da herança, que são os direitos de habitação e de uso em relação à casa de morada da família e seu recheio. Em relação a estes direitos, o cônjuge é considerado legatário, de acordo com o artigo 2030º, nº 4: “O usufrutuário, ainda que o seu direito incida sobre a totalidade do património, é havido como legatário”. Os direitos de habitação e de uso estão previstos nos artigos 2103º-A e 2103º-B:

ARTIGO 2103º-A

(Direito de habitação da casa de morada da família e direito de uso do recheio)

1. O cônjuge sobrevivente tem direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respectivo recheio, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver.
2. Salvo nos casos previstos no nº 2 do artigo 1093º, caducam os direitos atribuídos no número anterior se o cônjuge não habitar a casa por prazo superior a um ano.
3. A pedido dos proprietários, pode o tribunal, quando o considere justificado, impor ao cônjuge a obrigação de prestar caução.

ARTIGO 2103º-B

(Direitos sobre o recheio)

Se a casa de morada da família não fizer parte da herança, observar-se-á, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior relativamente ao recheio.

O recheio que a lei fala é descrito no artigo 2103º-C como “o mobiliário e demais objectos ou utensílios destinados ao cómodo, serviço e ornamentação da casa”. Sobre este direito de habitação da casa de morada e de uso do respectivo recheio, destaca Carlos Pamplona Corte-Real ser “um benefício de cariz qualitativo, decorrente de um legado legítimo que tem aspectos do regime que realmente o aproxima de um legado por conta da

legítima”⁴⁵, e por isso o cônjuge beneficiado deve tornar-se o valor recebido exceder a sua parte sucessória e meação, como dispõe o n° 1 do artigo acima transcrito.

Outro benefício concedido ao cônjuge como herdeiro é a dispensa de colação em virtude da lei. Diferentemente dos descendentes, que são, por lei, obrigados a colacionar todas as doações recebidas pelo autor da sucessão, o cônjuge não é citado no artigo 2104° (que define a colação e indica os descendentes como obrigados a realizar esta operação) e, ainda, é explicitamente dispensado no artigo 2107°, n°1, da seguinte forma: “Não estão sujeitos a colação os bens ou valores doados ao cônjuge do presuntivo herdeiro legítimo”. Desta forma, todas as doações que o cônjuge sobrevivente tenha recebido do seu parceiro em vida, devem ser imputadas na quota disponível quando da abertura da sucessão, de acordo com o artigo 2114°, n° 1 do Código Civil português.

Em suma, e por tudo o que vimos (ser herdeiro legítimo, garantia de uma quarta parte da herança, não sujeição à colação, direito de habitação da casa de morada da família e uso do respectivo recheio), o cônjuge sobrevivente pode ser considerado um herdeiro legítimo privilegiado⁴⁶. E sobre esta afirmação, Jorge Duarte Pinheiro faz uma síntese para demonstrar os privilégios que o cônjuge acumula no direito sucessório português:

A respectiva legítima subjectiva é superior à dos ascendentes e será superior à dos filhos, se concorrer com quarto ou mais filhos. Não está sujeito a colação. Na partilha, tem o direito a ser encabeçado no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de uso do respectivo recheio (art. 2103°-A, n° 1)⁴⁷.

E ao final acrescenta: “E as vantagens de índole sucessória do cônjuge sobrevivente podem cumular-se com as vantagens patrimoniais eventualmente decorrentes de um regime matrimonial diferente do da separação de bens”⁴⁸.

Demonstrada a posição sucessória do cônjuge tanto no direito brasileiro quanto no português, passemos agora ao estudo da situação sucessória do companheiro ou convivente nas legislações brasileira e portuguesa.

⁴⁵ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *in* Direito da Família e das Sucessões, p. 69-70.

⁴⁶ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *in* Da imputação de liberalidades na sucessão legítima, p.917-918; e Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real, *in* Direito da Família e das Sucessões, p. 69.

⁴⁷ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *in* O Direito das Sucessões Contemporâneo, p. 209.

⁴⁸ Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *in* O Direito das Sucessões Contemporâneo, p. 209.

6. A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO COMPANHEIRO OU CONVIVENTE

Assim como o estudo histórico da situação do cônjuge nos deu base para observar e avaliar o estado atual da arte, o mesmo acontece com o estudo da posição sucessória do companheiro ou convivente. Em capítulos anteriores, principalmente no Capítulo 4, podemos observar não somente a evolução do quadro sucessório deste sujeito, mas também a consagração desta figura como um ente familiar (ou ao menos a tentativa de elevar sua importância dentro do seio familiar).

No presente capítulo vamos esmiuçar da melhor forma possível a posição atual que o companheiro/convivente tem no direito sucessório dos países em análise, destacando seu lugar na ordem sucessória, se possui algum benefício e, ainda, se há expectativa de melhoria na sua situação, tendo em vista a evolução dada até então ao longo dos anos, construída com pequenas conquistas.

Diferentemente das várias semelhanças que encontramos sobre o cônjuge no direito brasileiro e no direito português, não veremos o mesmo acontecer com a situação do companheiro/convivente.

Antes de adentrarmos na análise, em separado, da situação sucessória do companheiro/convivente em cada país, atentamos para o fato de que esta figura tem, excepcionalmente, regras sucessórias próprias, não podendo ser confundida ou simplesmente igualada à figura do cônjuge (ou de parente).

Este capítulo requer um pouco mais de atenção, pois a posição do companheiro/convivente é um tanto quanto delicada e alvo de diversas críticas, em ambos os países. Sem mais delongas, sigamos adiante para o estudo desta situação em cada país.

6.1 No direito brasileiro

A posição atual do companheiro no direito sucessório brasileiro é encontrada principalmente no Código Civil de 2002, mas não só nele. Apesar da recente legislação, a Lei nº 9.278/96 não foi revogada na totalidade, pois o Código Civil não tratou de todas as questões ali disciplinadas, apesar de haver controversas em relação a manutenção desta lei. Alguns dispositivos continuam em vigor, juntamente com as inovações trazidas pelo novo Código Civil.

Primeiro vejamos o que permaneceu. Em relação à Lei nº 9.278/96, o conceito de união estável permaneceu o mesmo, com pequenos ajustes que culminaram no texto do art. 1.723 do Código Civil de 2002 da seguinte forma: “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”. Outro importante aspecto que se manteve foi a presunção de esforço comum na aquisição de bens durante a vigência da união estável.

O direito real de habitação previsto no art. 7º também permaneceu da mesma forma, sem qualquer pré-requisito (ao contrário do que acontece com o cônjuge que se exige que a casa de morada seja o único bem desta natureza constante no inventário para que o direito de habitação seja reconhecido).

Após a citada lei, o Código Civil de 2002 é a legislação que trata com mais atualidade sobre a união estável e direitos sucessórios dos companheiros.

E do que trouxe o Código Civil, no art. 1.790, o que mais chama atenção diz respeito à posição sucessória, pois o companheiro evoluiu da terceira para a primeira posição, passando a concorrer com descendentes e ascendentes. Entretanto, além de concorrer com os herdeiros necessários, apesar de não ser um deles, o companheiro também tem que dividir a herança com os parentes colaterais do *de cuius*.

Em relação à mudança na posição sucessória, da terceira para a primeira posição, sem dúvida foi um grande progresso, e o caminho a seguir não poderia ser outro. O companheiro passou a concorrer com os principais parentes do *de cuius*, os herdeiros necessários. Por outro lado, houve um regresso na terceira posição, pois antes do Código Civil de 2002 o companheiro herdava sozinho na inexistência de descendentes e ascendentes; agora ele passa a herdar também em concorrência com os parentes colaterais, que não são herdeiros necessários e que estavam antes na quarta posição sucessória, após o companheiro. Somente com a inexistência de outros parentes sucessíveis é que o companheiro passa a herdar a totalidade da herança, segundo dispõe o inciso IV do art. 1.790: “não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”. Isso demonstra que, diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que já herda sozinho na ausência de descendentes e ascendentes, o companheiro não está sozinho na terceira posição sucessória, pois para que possa herdar sozinho é necessária a inexistência de descendentes, e de outros parentes sucessíveis, categoria na qual se incluem os ascendentes e os colaterais, estes últimos até o quarto grau, de acordo com o indicado no art. 1.592. Sobre este aspecto, Moacir César Pena Júnior demonstra sua indignação e também reclama sobre a desvantagem em relação à divisão dos bens, afirmando que “é repugnante e muito injusto saber que tios-avós, primos, sobrinhos-netos,

irmãos, sobrinhos e tios do falecido receberão uma parte maior na herança do que o próprio companheiro sobrevivente⁴⁹.

Como acontece na maioria dos casos, o companheiro recebe tratamento diferenciado daquele dado ao cônjuge, que é mais protegido e beneficiado pela lei sucessória. O legislador deu um grande passo à frente e ao mesmo tempo outro grande passo para trás. É difícil presumir os motivos que o levaram a tal feito, pois não conseguimos imaginar uma justificativa plausível para elevar a posição dos parentes colaterais para concorrer com o companheiro.

Sobre todos os tipos de concorrência, com descendentes, ascendentes e outros parentes, previstos nos incisos I, II e III do art. 1.790, reservamos um capítulo específico para aprofundarmos o estudo e enxergar os detalhes ali existentes.

Finalmente, o companheiro herdará sozinho na inexistência de descendentes, ascendentes e outros parentes, segundo o inciso IV, do art. 1.790. Porém, uma vez que o *caput* do art. 1.790 prevê que o companheiro participará da sucessão do outro quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, cabe aqui uma indagação: na situação do inciso IV, quais os bens o companheiro herdará? Somente os bens indicados no *caput* ou todos os bens deixados pelo *de cuius*? Caso sigamos a literalidade da lei, no caso o *caput* do art. 1.790, o companheiro herdará apenas os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, e quanto aos bens particulares, caso existam, irão para o Estado, uma vez que não existem descendentes, ascendentes ou qualquer parente. Assim entende, por exemplo, Carine Silva Diniz, que afirma que “no que diz respeito aos bens particulares do falecido, estes serão entregues, em sua integralidade, ao Poder Público⁵⁰”. Porém, vemos esta solução como um tanto quanto estranha, para não dizer revoltante ou contraditória. Outra saída seria o companheiro receber a totalidade da herança, sendo mais literal ao inciso IV do art. 1.790, que assim o diz.

Outro aspecto relevante e que incomoda diz respeito à posição do art. 1.790. Apesar da louvável evolução da posição sucessória do companheiro, reprovável é o lugar onde situa-se tal previsão, qual seja o título das disposições gerais do Direito das Sucessões. Isto demonstra que o companheiro foi tratado distantemente dos outros sujeitos que integram a família e que são designados como herdeiros legítimos: descendentes, cônjuge, ascendentes

⁴⁹ Cfr. Moacir César Pena Júnior, *in* Curso completo de Direito das Sucessões, p. 147.

⁵⁰ Cfr. Carine Silva Diniz, *in* A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva civil-constitucional *in* Manual de Direitos das Famílias e das Sucessões, p. 697.

e até colaterais (sendo os três primeiros tratados também como herdeiros necessários). Acerca disto, Moacir César Pena Júnior descreve o art. 1.790 como

Discriminatório (viola o art. 3.º, IV, da Constituição Federal) e desnecessário (a sucessão do companheiro deveria estar inserida no capítulo da ordem da vocação hereditária, em condições de igualdade com a sucessão do cônjuge sobrevivente), infeliz mesmo, é o mínimo que se pode dizer [...].⁵¹

Sobre o art. 3º, IV, da Constituição Federal, ao qual fez referência, o mesmo dispõe que promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. No mesmo sentido, criticam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, afirmando ser este lugar impróprio para tal previsão, devendo ter sido feita na ordem de vocação hereditária⁵². Em suma, o que causa indignação é inadequação da situação do companheiro em relação ao que se passa com o cônjuge, não acompanhando a norma constitucional.

Além de tudo, o companheiro não é considerado herdeiro necessário, ou seja, uma simples disposição testamentária pode afastá-lo do fenômeno sucessório, apesar de o art. 1.850 não dispor neste sentido⁵³. Entretanto, o art. 1.845 também não o contempla como herdeiro necessário. Há quem entenda que esta questão apenas passou despercebida pelo legislador⁵⁴, e que não era esta a intenção dele. Ainda assim, uma vez que o companheiro não integra o rol dos herdeiros necessários disposto no art. 1.845, ele não é considerado como tal no estado atual da arte. Contudo, entendemos que o companheiro mereceria ser considerado, assim como o cônjuge, herdeiro necessário para ter a garantia de seus direitos sucessórios, principalmente se partirmos do pressuposto da inconstitucionalidade do art. 1.790.

O estudo sobre a atual posição sucessória do companheiro não finda aqui. No próximo capítulo continuaremos a análise deste aspecto sob a ótica da concorrência sucessória. Antes, porém, vejamos o que tem a legislação portuguesa sobre direitos sucessórios do convivente.

⁵¹ Cfr. Moacir César Pena Júnior, *in* Curso completo de Direito das Sucessões, p. 142.

⁵² Cfr. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *in* Direito das Sucessões, p. 214-215.

⁵³ Assim dispõe o art. 1.850 do Código Civil brasileiro: “Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

⁵⁴ Cfr. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *in* Direito das Sucessões, p. 215.

6.2 No direito português

Como já vimos, o convivente não é sequer mencionado pelo Direito Sucessório português. Há, apenas, algumas referências na Lei nº 23/2010 sobre direitos que incidem sobre a herança, como também já tivemos a oportunidade de discutir.

O convivente não tem, portanto, espaço no fenômeno sucessório. Ele não ocupa, em nenhum momento, o posto de herdeiro. Não há qualquer lacuna na lei ou analogia que se possa fazer para considerar o convivente como herdeiro no direito português.

Atualmente, o que o Código Civil português dispõe sobre a união de facto é apenas o que consta no artigo 2020º, que é o direito que o convivente tem de exigir alimentos da herança, nos termos do nº 1 deste artigo. Não é um direito sucessório, mas sim direito de alimentos.

Já em relação ao direito de habitação da casa de morada, o regulamento encontra-se na Lei nº 7/2001 (atualizada pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto), que também prevê que as pessoas que vivem em união de facto têm direito à proteção da casa de morada da família nos termos da mesma lei, que dispõe no artigo 5º.

De acordo com o nº 1 do referido dispositivo, o convivente sobrevivente tem direito de permanecer na casa que pertencia ao convivente autor da herança, com o respectivo recheio, pelo prazo de cinco anos. Em relação à casa ele terá direito de habitação; em relação ao recheio, direito de uso. Sobre este direito de uso do recheio, trata-se de uma novidade que a Lei nº 23/2010 trouxe, pois antes de atualizar a Lei nº 7/2001 não havia qualquer previsão neste sentido, limitando-se ao direito de habitação da casa de morada.

Caso a união de facto já tenha mais de cinco anos de duração até a morte do autor da herança, o convivente sobrevivente pode permanecer na casa de morada e usar o respectivo recheio por tempo igual ao da duração da união de facto (nº 2). Se a casa de morada e o respectivo recheio eram de propriedade de ambos os companheiros, o sobrevivente tem o direito de habitação e uso em exclusivo (nº 3).

O nº 4, do artigo 5º, previu uma exceção a estes prazos. O tribunal pode prorrogar os prazos previstos pela lei “considerando, designadamente, cuidados dispensados pelo membro sobrevivente à pessoa do falecido ou a familiares deste, e a especial carência em que o membro sobrevivente se encontra, por qualquer causa”. Apesar de serem motivos bem subjetivos, entendemos adequada a previsão desta exceção. O convivente já não possui direitos como herdeiro, então que pelo menos os direitos que incidem sobre a herança possam ser mais

flexíveis e adaptáveis às suas necessidades, pesando também os cuidados dispensados pelo sobrevivente ao convivente falecido e/ou à sua família.

Caso o convivente sobrevivente não habite a casa por mais de um ano, os direitos de habitação e uso caducam. Porém, se isto se der por motivo de força maior, ele terá mantidos estes direitos (nº 5).

O direito de habitação da casa de morada e uso do respectivo recheio é um benefício que visa proteger aquele que perde seu convivente e que fica desamparado emocionalmente e, muitas vezes, economicamente. Na intenção de protegê-lo ao menos economicamente, pelo menos até que consiga ter sua vida de volta ao normal, o direito português criou tal previsão. Por estes motivos, e para não haver abuso, caso o convivente sobrevivente tenha casa própria na mesma área do concelho da casa de morada pertencente ao autor da herança, o direito real de habitação não lhe será conferido (nº 6). Entende-se, neste caso, que o sobrevivente não necessita deste benefício.

Findo o prazo em que beneficiou do direito de habitação, o convivente sobrevivente tem o direito de permanecer no imóvel na qualidade de arrendatário e tem direito a permanecer no local até à celebração do respectivo contrato, salvo se os proprietários satisfizerem os requisitos legalmente estabelecidos para a denúncia do contrato de arrendamento para habitação, pelos senhorios, com as devidas adaptações (nº 7). Em caso de alienação do imóvel, o convivente sobrevivente tem direito de preferência durante o tempo em que o habitar a qualquer título (nº 9).

Por fim, cabe destacar que, ao atualizar a Lei nº 7/2001, o legislador excluiu a previsão contida no nº 2 do artigo 4º, que previa que em caso de disposição testamentária em contrário, o direito de habitação restaria afastado do convivente. Na Lei nº 23/2010 o legislador simplesmente não mencionou tal faculdade, ao que entendemos que o direito de habitação não pode mais ser retirado do convivente. Assim, o que seria um legado legítimo⁵⁵ passa a ser legado legitimário, visto que não pode ser afastado por disposição testamentária.

Estes são os benefícios que mais se aproximam de direitos sucessórios previstos para o convivente no direito português, que apesar de não receber a propriedade de parte da herança, depende dela para ter seus direitos de habitação e uso efetivados. É importante ter em mente que apesar do convivente não ter espaço previsto por lei na sucessão, ele pode ser ainda mais beneficiado quanto aos direitos citados ou, ainda, se tornar herdeiro ou legatário, a depender da vontade do autor da sucessão de acordo com suas disposições testamentárias.

⁵⁵ Como vimos no Capítulo 4, de acordo com o que traz Luís A. Carvalho Fernandes, *in* Lições de Direito das Sucessões, p. 393.

Dando sequência ao estudo da atual posição sucessória do cônjuge e do companheiro/convivente, sigamos para mais uma etapa deste trabalho, qual seja o capítulo da concorrência sucessória, focando nos detalhes das situações em que estes sujeitos figuram como herdeiros em concorrência com outras pessoas.

7. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Tanto na realidade brasileira quanto na realidade portuguesa o cônjuge pode concorrer com outros herdeiros, quais sejam descendentes ou ascendentes.

No direito brasileiro, o cônjuge sobrevivente merece uma atenção maior quando a concorrência se dá com os descendentes, tema delicado pois o ente pode não preencher os requisitos necessários para participar da sucessão mesmo sendo casado de direito e de fato com o *de cuius*. No direito português vimos a valorização da posição sucessória do cônjuge que se deu com o avanço ao longo da história, tendo sua última adequação com a Reforma de 77⁵⁶. O cônjuge passou a ser herdeiro legitimário, ocupando as três primeiras posições da ordem de vocação sucessória, concorrendo, de acordo com o caso, com descendentes ou ascendentes.

Já na concorrência com o companheiro ou convivente, o estudo merece um olhar mais atento e crítico, em ambos os países. Apesar de vivermos em pleno século XXI, o tema união estável/união de facto ainda não é visto com tanta naturalidade aos olhos de muitos, e os problemas atingem também o campo sucessório. Veremos os problemas enfrentados.

Passemos, então, ao estudo da concorrência sucessória envolvendo cônjuge e companheiro/convivente.

7.1 Cônjuge com descendentes

Nas duas legislações, brasileira e portuguesa, o cônjuge encontra-se em primeiro lugar concorrendo com os descendentes. Entretanto, apesar desta inicial semelhança, tudo acontece de forma bem diferente em um e outro sistema jurídico. No desenvolver da leitura dos dispositivos já enxergamos as diferenças, as quais passamos a esmiuçar.

a) No direito brasileiro

Vimos que a lei brasileira considera o cônjuge como herdeiro necessário, estando ele na primeira, segunda e terceira classes de sucessão, desde que preenchidos os requisitos do artigo 1.830 do Código Civil brasileiro.

Para concorrer com os descendentes (na primeira classe) é necessário que esteja dentro do que prevê o inciso I do artigo 1.829, ou seja: o cônjuge será herdeiro em concorrência com os descendentes, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão

⁵⁶ Cfr. Preâmbulo do Decreto-lei nº 496/77, de 25 de novembro, nº 52.

universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. A regra é a concorrência, mas a existência de exceções é clara. E deste dispositivo podemos extrair várias questões. Vejamos.

Estudando o Direito de Família brasileiro, reparamos que a lei tipifica quatro tipos de regime de bens: 1) a comunhão parcial de bens (que é o regime legal), 2) a comunhão universal de bens, 3) a participação final nos aquestos e 4) a separação de bens (que pode ser obrigatória ou convencional). Vejamos, portanto, os regimes um a um para entender quando, afinal, o cônjuge poderá concorrer com os descendentes. Não discutiremos aqui quanto caberá de herança a cada um (o quinhão), pois isso não nos interessa neste momento. Aqui o objetivo é saber quando o cônjuge será considerado herdeiro necessário de primeira classe, em concorrência com os descendentes.

Primeiro vejamos as situações em que o cônjuge não poderá herdar em concorrência com os descendentes e depois os casos em que poderá concorrer, tudo tendo por base o regime de bens que rege o casamento, de acordo com o polêmico art. 1.829, I.

- Regimes de bens em que o cônjuge não será herdeiro em concorrência com os descendentes:

1) Comunhão universal de bens: regulado nos artigos 1.667 a 1.671 do Código Civil brasileiro, neste regime todos os bens se comunicam, quer tenham sido a propriedade adquirida antes ou durante o casamento, à exceção apenas dos bens dispostos no art. 1.668, como veremos mais à frente. Todos os bens são do casal, e, por isto, na dissolução do casamento cada cônjuge tem direito à sua meação. Quando a dissolução ocorre pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente já recebe sua meação, não fazendo sentido, pela *ratio* da lei, ainda ser herdeiro da meação do autor da sucessão em concorrência com os descendentes, pois a sua meação já lhe garante o seu sustento, e admitir a concorrência seria, nas palavras de Maria Berenice Dias⁵⁷, beneficiá-lo excessivamente. Portanto, a ideia de não concorrer com os descendentes está diretamente ligada à presunção de que o cônjuge sobrevivente já tem direito à meação e que isso é bastante para que se considere amparado economicamente após a morte do autor da sucessão. Por isso não seria justo que concorresse com os descendentes.

Entretanto, importante observar que ainda que este regime exista no sentido de se fazer comunicar todos os bens do casal, é possível que haja bens particulares, já que, como dissemos, o art. 1.668 do Código Civil exclui alguns bens da comunhão universal. Isto pode

⁵⁷ Cfr. Maria Berenice Dias, *in* Manual das Sucessões, p. 164.

acontecer, por exemplo, no caso de uma doação feita a um dos cônjuges com cláusula de incomunicabilidade. Esta cláusula impede que sobre este bem haja meação. Mas e se este bem era o único bem existente? Se isto acontecer, a justificativa para que o cônjuge casado com o regime de comunhão universal de bens não seja herdeiro concorrente com os descendentes perde o sentido, pois nada terá na sua meação. Ainda assim, por causa da existência da cláusula de incomunicabilidade do bem particular, os descendentes herdarão este bem e o cônjuge com nada ficará.

A ideia que se tem de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime universal de bens sempre recebe algo na dissolução conjugal é um tanto quanto equivocada. Na hipótese levantada a situação do cônjuge acaba por ser injusta, pois ele não terá meação nem será herdeiro, ficando sem qualquer bem, desamparado e excluído pela lei sucessória. Pode acontecer, inclusive, do bem particular do autor da sucessão servir de renda para a família quando, por exemplo, o bem está alugado a terceiros e a renda deste aluguel é o que sustenta a família do autor da sucessão. Neste caso deveria o cônjuge sobrevivente ser herdeiro concorrente mesmo casado sob o regime de comunhão universal?

Há o entendimento por alguns doutrinadores (como, por exemplo, José Luiz Gavião de Almeida e Francisco Cahali⁵⁸) de que no caso de o casal ter optado pelo regime da comunhão universal de bens mas o único bem ser particular do cônjuge falecido, o cônjuge sobrevivente, pela falta de bens comuns, seria considerado herdeiro para concorrer com os descendentes. Argumenta-se que a interpretação da lei deve ser sistemática e, portanto, deve levar em consideração todo o ordenamento para dar o melhor e adequado sentido à letra da lei. Isso faz com que a doutrina caminhe no sentido de permitir ao cônjuge sobrevivente casado sob este tipo de regime que concorra com os descendentes em relação ao bem particular do falecido. É um entendimento doutrinário que não encontra sustento legal, já que a lei é clara no sentido de que quando se trata de sucessão, se o regime for o da comunhão universal de bens, não haverá concorrência com os descendentes, e em caso de dissolução conjugal que não *mortis causa*, não haverá meação deste bem.

2) Separação obrigatória de bens: este regime está previsto no art. 1.641, que o impõe em certas ocasiões. A intenção é clara de não se fazer comunicar os bens particulares dos cônjuges. Cada um terá seus próprios bens, e quando da dissolução conjugal este objetivo deve permanecer, sendo obrigatória a separação dos bens. Os bens são particulares e ponto final.

⁵⁸ *Apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 156.

Se fosse permitido ao cônjuge sobrevivente ser herdeiro ele estaria herdando parte dos bens particulares do falecido, bens estes que não deveriam ser tocados pelo cônjuge, dado o regime de bens escolhido por eles. Considerar, nesta situação, o cônjuge sobrevivente como herdeiro concorrente com os descendentes seria um desvio ao tipo de regime.

Observemos que o que está em análise agora são as hipóteses em que o cônjuge não será herdeiro na primeira classe, para concorrer com os descendentes. Lembremos que na falta destes, o cônjuge será herdeiro concorrendo com os ascendentes ou sozinho, independentemente do regime de bens adotado no casamento. Nestes casos, o “ponto final” acima mencionado passa a ser um “ponto-e-vírgula”, pois ainda que seja obrigatória a não-comunicabilidade dos bens particulares, existe a possibilidade desta comunicabilidade ocorrer. Por agora concentremo-nos no caso de existência de descendentes. Havendo descendentes, o cônjuge casado sob este regime é inteiramente afastado da sucessão.

O Código Civil brasileiro regula o regime e mostra que na dissolução conjugal, seja qual for a causa, deve-se obrigatoriamente separar os bens. Sobre este ponto é relevante observarmos o que diz a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal (STF): “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Esta súmula é de 3 de abril de 1964, anterior, portanto, ao Código Civil de 2002, e por isso há divergência doutrinária no que tange à sua aplicabilidade atual.

Apesar do advento do novo Código Civil em 2002, que determina que no regime de separação obrigatória de bens não há comunicação de bens, entendemos que a Súmula nº 377 do STF foi mantida. Se considerarmos o conteúdo da súmula, entendemos que o regime da separação obrigatória de bens será considerado igualmente como o regime de comunhão parcial de bens, onde os bens adquiridos anteriormente ao casamento são particulares e sobre estes não há qualquer comunicação, mas os bens adquiridos durante o casamento são de ambos, com a presunção da colaboração de ambos para a aquisição de tais bens, aplicando-se, portanto, a comunhão sobre eles. Mesmo que o bem esteja em nome de um só cônjuge, presume-se que o outro contribuiu, de alguma forma, para a aquisição deste bem.

Como dissemos, há quem não aceite a vigência da Súmula depois do novo Código Civil de 2002⁵⁹. Sustenta-se que a Súmula, criada em 1964, foi feita tendo em vista o Código Civil que estava em vigor na época, o de 1916, e que continha o artigo 259, o qual dispunha

⁵⁹ A exemplo dos doutrinadores que defendem a não-aplicabilidade da Súmula nº 377 do STF citamos Francisco Cahali, Jones Figueirêdo Alves, Mário Luiz Delgado, José Fernando Simão e Euclides de Oliveira. Eles defendem que a jurisprudência foi criada baseada no citado artigo 259 do Código Civil de 1916 e, uma vez que esta lei foi revogada deve-se entender que a jurisprudência criada tendo-a como base deve ser considerada como prejudicada. Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 160.

que “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”. Não havendo mais esta lei, os princípios do regime de comunhão de bens não poderiam ser aplicados, e o regime de separação obrigatória de bens tornaria obrigatória (como o próprio nome do regime sugere), definitiva e absoluta tal separação.

Os que defendem a sua aplicabilidade⁶⁰ argumentam que esta Súmula veio proteger o cônjuge que não adquire o bem diretamente mas que contribui de qualquer modo para que quem adquire o faça, evitando o enriquecimento sem causa⁶¹ daquele que adquire o bem. É o famoso caso da dona de casa que cuida dos filhos, da casa e de toda a vida familiar enquanto o marido trabalha fora de casa. O marido só consegue trabalhar fora e receber seu salário porque sua esposa está em casa cuidando de tantas outras coisas, e esta seria uma forma de contribuir para a aquisição de algum bem, feita pelo marido. Seria justo, portanto, que os bens adquiridos na constância do casamento se comunicassem. E antes que surja a dúvida sobre quais bens devam comunicar-se, que fique claro que para os defensores da aplicabilidade da Súmula os bens que se comunicam são apenas aqueles adquiridos na constância do casamento, exatamente como descrito do texto da Súmula nº 377. Os outros bens (os particulares) não se comunicarão. Entretanto, deve-se observar, ainda, que apesar da Súmula não fazer referência ao esforço comum (na verdade ela presume que há esforço comum, generalizando a comunhão de todos os bens adquiridos na constância do casamento) alguns entendem que este esforço deve ser provado para que possa haver a comunhão do bem.

Portanto, se considerarmos que a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal continua em vigor, no casamento sob regime de separação obrigatória de bens pode haver bens comuns e bens particulares. Sobre os bens particulares nunca haverá meação ou sucessão do cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes, mas em relação aos bens comuns haverá meação, nunca sucessão. O regime, então, não será absoluto, pois a Súmula abre exceção. Entretanto, verificamos que nada muda em relação à concorrência do cônjuge

⁶⁰ Este é o principal argumento dos que defendem a aplicabilidade da Súmula nº 377 ainda hoje, com a vigência do Código Civil de 2002, como é o caso do doutrinador Flávio Tartuce. Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 158. Entre os que defendem a vigência da Súmula nº 377 citamos Silvio de Salvo Venosa, Rolf Madaleno e Flávio Tartuce.

⁶¹ Sobre o enriquecimento sem causa, o artigo 884 do Código Civil determina que: “Art. 884 Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

sobrevivo com os descendentes, mas o *quantum* da herança será sensivelmente afetado em caso de meação⁶².

Em sentido oposto, desconsiderando a vigência e aplicabilidade desta Súmula, pode-se entender que o regime de separação obrigatória de bens é absoluto, não havendo comunicação alguma entre bens de um e de outro cônjuge, independentemente da situação enfrentada. O argumento de que a Súmula 377 evita o enriquecimento sem causa é compreendido de forma totalmente contrária por José Fernando Simão⁶³, que entende que a falta de prova de esforço comum para a aquisição de bens durante o casamento faz com que o cônjuge que não contribuiu tenha uma presunção a seu favor, que nem sempre condiz com a verdade, ainda mais tratando-se deste tipo de regime onde sabe-se que cada um terá seu patrimônio independente do outro. Seguindo os defensores da não-aplicabilidade da Súmula, para que haja algum direito do cônjuge sobrevivente ao patrimônio do falecido, deve aquele fazer prova do esforço comum.

Em resumo: se entendermos que a Súmula 377 não é aplicável, afasta-se completamente o cônjuge, seja da meação, a não ser que o cônjuge comprove a sua participação na aquisição do bem, conforme o entendimento de Flávio Tartuce, seja da herança em concorrência com os descendentes; se entendermos que a Súmula continua válida e aplicável, há presunção de que houve esforço comum durante o casamento, o que não faz do cônjuge sobrevivente herdeiro em concorrência com os descendentes, mas dá direito à meação, o que afeta o montante da herança.

3) Comunhão parcial de bens, em que o falecido não deixa bens particulares:

a comunhão parcial de bens está prevista nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil brasileiro, e a situação deste regime sem bens particulares é bem semelhante àquela vista na comunhão universal de bens, pois na inexistência de bens particulares todos os bens pertencem ao casal em comunhão, ou seja, metade de tudo pertence a um cônjuge e a outra metade ao outro cônjuge.

Aqui já está claro que não haverá bens particulares do falecido, então não temos que pensar na hipótese discutida no item anterior (comunhão universal de bens onde só exista bem particular do falecido). Desta forma, não havendo bens particulares, o cônjuge fará jus à meação de todos os bens, já que todos integram a comunhão e, portanto, sujeitam-se à meação.

⁶² Mais uma vez o Direito de Família interfere diretamente no Direito das Sucessões. Neste caso, a forma como se entende o regime de separação obrigatória de bens pode alterar significativamente o valor total da herança. Notemos que o cônjuge não será herdeiro por causa disto, mas o fato de receber ou não meação afeta diretamente o valor destinado à herança. Novamente fazemos esta observação para lembrar de tudo o que foi exposto no Capítulo 1 deste trabalho.

⁶³ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 161.

E, de acordo com o inc. I do art. 1.829, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes na primeira classe de herdeiros, pois entende-se que sua meação já garante sua subsistência. Neste caso, o cônjuge sobrevivente não faz jus à sua participação na sucessão, pois na existência de bens comuns haverá meação em relação a todos eles. Ele será meeiro, mas não herdeiro em concorrência com os descendentes. Havendo descendente(s), de qualquer grau, do autor da sucessão, independentemente de ser(em) também descendente(s) do cônjuge sobrevivente, este nada herdará.

- Regimes de bens em que o cônjuge será herdeiro em concorrência com descendentes:

1) Separação convencional de bens: este regime de bens é o da separação total, como é a obrigatória; a diferença é que não sendo imposta pela lei, decorre de estipulação⁶⁴ (convenção) dos nubentes. Neste tipo de regime a meação não é regra, já que, para que ocorra, exige-se prova de que o cônjuge efetivamente concorreu para a aquisição do bem. Isso motivou a lei a incluir o cônjuge sobrevivente casado sob este tipo de regime na primeira classe de herdeiros, concorrendo com os descendentes. Interessante observar que a opção feita quando da escolha por este tipo de regime de bens é no intuito de um cônjuge não ter acesso ao patrimônio do outro, o que é totalmente “desrespeitado” quando a dissolução do casamento se dá pela morte de um dos cônjuges (direito sucessório), já que aqui o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário, e neste regime concorre, inclusive, com os descendentes, fazendo jus à legítima, não podendo ele ser privado desta posição por vontade do autor da sucessão. Esta observação gera muitas dúvidas e críticas, pois há quem considere o dispositivo do direito sucessório como invasão do legislador no direito de família, já que o regime de bens deve reger o casamento em vida; com a morte, extingue-se o regime e entra em cena o direito à herança⁶⁵.

Há dois entendimentos sobre a posição de herdeiro na primeira classe do cônjuge casado sob este regime:

O primeiro é o de que o cônjuge é, sim, herdeiro em concorrência com os descendentes, já que o inciso I do artigo 1.829 não contemplou em suas exceções este tipo de regime de bens, pois especificou que do regime de separação de bens apenas o obrigatório deve ser considerado para afastar o cônjuge da sucessão. Este é o entendimento majoritário.

⁶⁴ Cfr. Artigo 1.687 do Código Civil brasileiro.

⁶⁵ Mário Luiz Delgado *apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 165.

Um segundo entendimento existe no sentido de o regime da separação convencional de bens ser equiparado ao regime da separação obrigatória de bens, e por isso não poder o cônjuge sobrevivente ser considerado herdeiro em concorrência com os descendentes, tese esta que não encontra muita força. Um dos argumentos expostos pelo Superior Tribunal de Justiça⁶⁶ para defender este entendimento foi o de que o regime de separação obrigatória de bens é gênero, do qual são espécies a separação legal e a convencional, argumento considerado frágil e não possuindo respaldo na doutrina, apesar de ser defendida pelo respeitado jurista Miguel Reale⁶⁷, um dos sistematizadores do Código Civil de 2002, que entende que melhor seria se houvesse uma alteração para retirar o termo “obrigatória” do inciso I do artigo 1.829. Para os adeptos desta corrente, o legislador teria esquecido de citar o regime da separação convencional.

Para que fique claro, o que se pode verificar nitidamente na lei é que o regime existente é o da separação de bens, que pode ser obrigatória para algumas situações, conforme dispõe o artigo 1.641 do Código Civil de 2002, ou convencional, de acordo com a vontade

⁶⁶ É o que se depreende do Informativo nº 418 do STJ: “REGIME MATRIMONIAL. SUCESSÃO. Trata-se de recurso interposto contra acórdão exarado pelo TJ que deferiu pedido de habilitação de viúva como herdeira necessária. A questão resume-se em definir se o cônjuge sobrevivente – que fora casado com o autor da herança sob o regime da separação convencional de bens – participa da sucessão como herdeiro necessário em concorrência com os descendentes do falecido. No caso, a situação fática vivenciada pelo casal, declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal, é a seguinte: cuida-se de um casamento que durou dez meses; quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; os nubentes escolheram, voluntariamente, casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos. Para a Min. Relatora, o regime de separação obrigatória de bens previsto no art. 1.829, I, do CC/2002 é gênero que agrega duas espécies: a separação legal e a separação convencional. Uma decorre da lei; a outra, da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. Entendimento em sentido diverso suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, I, e 1.687 do CC/2002, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos. Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação do regime de bens pactuado. Se o casamento foi celebrado pelo regime da separação convencional, significa que o casal escolheu – conjuntamente – a separação do patrimônio. Não há como violentar a vontade do cônjuge – o mais grave – após sua morte, concedendo a herança ao sobrevivente com quem ele nunca quis dividir nada, nem em vida. Em tais situações, haveria, indubitavelmente, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*. Seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio, o qual, recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria. Assim, o regime de separação de bens fixado por livre convenção entre a recorrida e o falecido está contemplado nas restrições previstas no art. 1.829, I, do CC/2002, em interpretação conjugada com o art. 1.687 do mesmo código, o que retira da recorrida a condição de herdeira necessária do autor da herança em concorrência com os recorrentes. REsp 992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 1º/12/2009”.

⁶⁷ *Apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 163-164.

dos nubentes de estipular este tipo de regime para o casamento, de acordo com o artigo 1.687. O gênero é a separação de bens, do qual são espécies a separação obrigatória e a separação convencional, diferentemente do que consta no citado Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o qual considera a separação obrigatória como gênero.

Se o art. 1.829, no inciso I, foi infeliz ao inserir o termo “obrigatória” ou ao não incluir de forma explícita o regime de separação de bens convencional, é outro problema. O certo é que não devemos confundir a lei ou interpretá-la de forma equivocada, principalmente quando se trata de uma norma restritiva.

Talvez, sim, o legislador tenha tido pouco cuidado ao não abarcar o regime de separação de bens convencional, dando tratamento (no direito sucessório) completamente diverso a regimes que na verdade são iguais, diferindo somente quanto ao motivo que o fez adotar (lei ou vontade das partes envolvidas). De toda forma, a lei é clara ao destacar que o cônjuge estará afastado da concorrência com os descendentes se for casado com o autor da sucessão no regime de separação de bens obrigatório, não abarcando nesta exclusão aquele que tem o regime de separação de bens por convenção. Não devemos estender a interpretação da lei para restringir o direito.

2) Comunhão parcial de bens em que o autor da herança deixou bens particulares: com já dissemos, este tipo de regime de bens está previsto nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil brasileiro. Adotando este regime de bens, quando da dissolução do casamento pode ocorrer de existirem bens comuns e bens particulares do autor da herança, bem como somente bens particulares do autor da herança – se há ou não bens particulares do cônjuge sobrevivente não nos interessa, pois nada muda a questão sucessória, concentremo-nos apenas nos bens comuns e/ou particulares do *de cujus*.

Esta inclusão do cônjuge como herdeiro concorrente com os descendentes com a condição de existência de bens particulares do *de cujus* faz surgir diversas questões. No caso de existência de bens particulares, o cônjuge concorre apenas em relação a estes bens ou em relação à totalidade da herança? Esta é a principal questão levantada, e a partir dela surgem quatro correntes fortemente defendidas:

1ª corrente: esta corrente, que é a majoritária, defende o cônjuge concorrente com os descendentes somente em relação aos bens particulares. Parte-se da ideia, já apresentada, de que quando há meação não há concorrência com os descendentes, pois entende-se que o meeiro já tem sua subsistência garantida pela meação, não devendo ser herdeiro também em relação aos bens dos quais já retirou sua parte (meação).

Além disso, para os defensores desta corrente, a vontade do legislador ficou clara no inciso I do artigo 1.829 para não haver concorrência com os descendentes quando houver meação. É o que acontece no caso de ser o regime o da comunhão universal de bens, onde o cônjuge sobrevivente é meeiro de todos os bens e, por isto, não concorre com os descendentes. Não faria sentido, neste caso, tratar diferentemente o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens privilegiando-o como meeiro e ainda como herdeiro em concorrência com os descendentes na totalidade da herança, estando nesta totalidade os bens particulares. E ainda, no caso de não haver bens particulares, o cônjuge não é herdeiro em concorrência com os descendentes, logo não faz sentido que ele passe a concorrer com os descendentes na totalidade da herança pelo simples fato de existir pelo menos um bem particular do autor da sucessão.

Este é o pensamento da maioria dos estudiosos e doutrinadores. Neste sentido foi aprovado o Enunciado nº 270, na III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor:

O art. 1.829, inc. 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 aqüestos, 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. (grifo nosso).

Neste caso, para se calcular a legítima deve ser considerado todo o patrimônio do autor da herança, mas para saber quanto o cônjuge herdará devemos fazer duas operações separadas: uma será somente em relação aos bens particulares, sobre os quais herdarão o cônjuge em concorrência com os descendentes, e outra operação sobre a parte da herança correspondente à meação do *de cujus*, que será herdada somente pelos descendentes.

Adeptos desta corrente⁶⁸: José Luiz Gavião Almeida, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Flávio Monteiro de Barros, Eduardo de Oliveira Leite, Christiano Cassettari, Francisco José Cahali, Gustavo Rene Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, Mário Luiz Delgado, Sebastião Amorim, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Zeno Veloso.

2ª corrente: esta rebate a ideia da corrente anterior, defendendo que o cônjuge deve concorrer com os descendentes na totalidade da herança. Esta corrente é minoritária, mas ainda assim encontra vários adeptos. Há aqui o entendimento de que o fato de ter o autor

⁶⁸ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 169-170.

da herança deixado bens particulares é apenas requisito para que o cônjuge sobrevivente seja herdeiro em concorrência com os descendentes. Se não existem bens particulares, o cônjuge não concorre; se existem, concorre.

A meação não tem nada a ver com a herança, pois a metade dos bens comuns pertencentes ao autor da herança pertencem ao autor da herança, e por isso não há problema em o cônjuge sobrevivo ser herdeiro destes bens. A lei apenas criou um “obstáculo” para impedir uma generalização, optando por inserir o requisito da existência de bens particulares: caso haja pelo menos um bem particular, fica garantido ao cônjuge sobrevivo a concorrência com os descendentes na totalidade da herança, o que é, para os adeptos da corrente anterior, uma completa alteração das regras sucessórias.

A crítica comum que se faz a esta corrente é que, de acordo com o raciocínio aqui defendido, o simples fato de o autor da sucessão ter um bem de pouquíssimo valor (um carro velho, por exemplo) dá o direito do cônjuge sobrevivo concorrer com os descendentes na sucessão de todos os outros bens, ou, por outro ângulo, obriga os descendentes a terem que dividir a herança com o cônjuge (que nem sempre é também ascendente deles). Sendo assim, se acontecer de o autor da herança, por exemplo, doar o seu único bem particular um dia antes da sua morte, toda a situação sucessória será alterada, pois isso significa que os descendentes não terão que dividir a herança com o cônjuge sobrevivo.

Adeptos desta corrente⁶⁹: Maria Helena Diniz, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto e Luiz Paulo Vieira de Carvalho.

3ª corrente: de outra forma, aqui o entendimento é o de que, havendo bens particulares do falecido, o cônjuge irá concorrer somente em relação aos bens comuns, nunca em relação aos bens particulares. Esta corrente é defendida por Maria Berenice Dias⁷⁰. Ela entende que o sinal de ponto e vírgula utilizado no inciso I do art. 1.829 (“I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”) separa tal dispositivo em dois entendimentos, não podendo o regime de comunhão parcial de bens ser entendido juntamente com o da comunhão universal e o da separação obrigatória de bens.

Desta forma, o cônjuge será sempre herdeiro concorrente com os descendentes em relação aos bens comuns, por ter havido esforço de ambos para a aquisição destes, sendo

⁶⁹ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 171-172.

⁷⁰ Cfr. Maria Berenice Dias, *in* Ponto e vírgula.

razoável, segundo seu entendimento, que além de meeiro o cônjuge seja também herdeiro. Já em relação aos bens particulares, o cônjuge sobrevivente não poderá concorrer, pois estes bens pertencem somente ao autor da herança e não devem se comunicar com o cônjuge. Assim conclui a autora⁷¹:

Sobretudo quando o autor da herança tem filhos anteriores ao casamento, não há como reconhecer a possibilidade de o cônjuge sobrevivente – que não é genitor dos herdeiros – ficar com parte do patrimônio que era exclusivo do de cujus. Essa não é, e nunca foi, a intenção do legislador. Não está na lei. Urge que se deixe de ler o que não está escrito, sob pena de se chegar a conclusões distorcidas e consagrar injustiças.

De maneira geral ela entende que a regra é que o cônjuge casado sob este regime deve ser sempre herdeiro em concorrência com os descendentes, salvo quando haja bens particulares do autor da sucessão, quando terá que se fazer a ressalva de não permitir que o cônjuge seja herdeiro em relação a estes bens.

Adepta deste corrente: como dito acima, esta corrente é defendida apenas pela jurista Maria Berenice Dias.

4ª corrente: a quarta corrente na verdade vem como uma reafirmação da corrente anterior, mas com uma diferença na argumentação. Esta corrente, mencionada em Acórdão⁷² pela Ministra Nancy Andriighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), faz menção à consideração que se deve fazer da vontade manifestada no momento da celebração do casamento como norte para a interpretação das regras sucessórias. Aliás, este mesmo argumento é utilizado pela Ministra para a exclusão da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes caso o regime de bens adotado no casamento seja o de separação convencional de bens.

Apesar de alguns considerarem que a morte faz desaparecer os efeitos do regime de bens, o argumento aqui é totalmente contrário. Deve, de acordo com esta corrente, manter-se o sentido de cada regime de bens para além da morte, ou seja, no campo sucessório o que vai valer é a regra de cada regime de bens, bem como a vontade dos nubentes que optaram por esse ou aquele regime. Novamente o Direito de Família aparece influenciando de forma evidente o desenrolar do direito sucessório. O argumento utilizado nesta corrente diz, em outras palavras, que quando da escolha do regime de bens no momento do casamento já se deve ter em mente a morte de um dos cônjuges, e os efeitos do regime devem ser levados em

⁷¹ Cfr. Maria Berenice Dias, *in* Ponto e vírgula.

⁷² REsp. nº 1.117.563/SP, Rel. Min. Nancy Andriighi, julgado em 17/12/2009.

consideração com a possível existência de descendentes. Um pouco extrapolante desta vez, mas fica clara, mais uma vez, a forte ligação das disciplinas.

3) Participação final nos aquestos: previsto nos artigos 1.672 a 1.686 do Código Civil brasileiro, apesar de ser o regime de bens mais complicado, aqui a solução é mais simples já que a lei não menciona nada sobre a existência ou não de bens particulares e também não o cita na parte restritiva, ou seja, não o exclui da concorrência. Desta forma, o cônjuge que era casado com o falecido sob este tipo de regime de bens sempre irá concorrer com os descendentes na sucessão.

Não entraremos em detalhes em sobre a meação neste tipo de regime de bens. Entretanto, podemos considerar que o raciocínio é bem similar ao do regime de comunhão parcial (em relação à divisão dos bens). Ou seja, quando da morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá sua meação. O restante, ou seja, o patrimônio do autor da sucessão, deve ser objeto de herança, do qual será herdeiro o cônjuge em concorrência com os descendentes, já que não foi excluído no inciso I do art. 1829.

Todavia, parte da doutrina compreende que o entendimento que se deve ter para o regime de participação final nos aquestos deve ser semelhante àquela majoritária para o regime de comunhão parcial de bens, em relação à existência ou não de bens particulares. Apontam Flávio Tartuce e José Fernando Simão que no regime de participação final nos aquestos podemos ter três situações⁷³: 1ª) Se o falecido deixou apenas bens particulares: aqui o cônjuge sobrevivente não tem direito à participação destes bens como meeiro, mas será herdeiro concorrente; 2ª) Se o falecido deixou apenas bens aquestos: neste caso, o cônjuge já faz jus à sua meação nestes bens, pelo que não participará como herdeiro concorrente com os descendentes; 3ª) Se o falecido deixou tanto bens particulares quanto aquestos: por último, neste caso é dada a solução mista, ou seja, o cônjuge tem sua participação nos aquestos garantida como também tem garantida sua participação sucessória concorrendo com os descendentes em relação aos bens particulares. Pelo que se observa, o entendimento é, de fato, bastante semelhante ao que se dá com o regime de comunhão parcial de bens, concordando também com esta conclusão os juristas Euclides de Oliveira e José Luiz Gavião de Almeida⁷⁴. O Enunciado nº 270, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e já citado neste trabalho, também deixa claro este entendimento.

⁷³ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 176-177.

⁷⁴ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil, vol. 6, p. 177.

Entretanto, insistimos para o fato de que a lei, no inciso I do art. 1.829, não faz distinção sobre existência ou não de bens particulares no regime de participação final nos aquestos. Quando da exclusão do cônjuge para concorrer com os descendentes a depender do regime de bens que rege o casamento do sobrevivente com o falecido, a lei simplesmente não mencionou o regime de participação final nos aquestos, o que nos faz concluir que independentemente de como estejam os bens, a quem pertençam ou de como foram adquiridos durante o casamento regido sob este regime, o cônjuge sobrevivente irá concorrer com os descendentes do falecido, devendo ser assegurada a ele uma parcela da herança, como bem afirma Maria Helena Diniz⁷⁵. Para entendimento de acordo com a doutrina anteriormente exposta e de acordo com o Enunciado nº 270, são necessários outros argumentos, como, por exemplo, o da interpretação sistemática.

É certo que todos concordam que o texto do artigo 1.829, principalmente no que tange ao seu inciso I, é bem complicado, difícil, confuso e causa inúmeras dúvidas, as quais os pesquisadores buscam responder e justificar, como restou demonstrado.

Podemos sintetizar o entendimento da concorrência do cônjuge com os descendentes lembrando o citado Enunciado nº 270, da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Este Enunciado resume o entendimento (majoritário) de que, de uma forma geral, só haverá concurso de cônjuge com descendentes quando não houver meação ou quando existir bens particulares, onde o cônjuge só participará da sucessão em relação a estes.

Sobretudo, o ponto mais crítico parece mesmo ser no caso em que o regime de bens é o da comunhão parcial. Sobre este ponto é interessante a observação que faz Maria Berenice Dias: “Se a intenção foi excluir o direito de concorrência quando o sobrevivente recebe meação, a exceção deveria levar em conta a existência ou não de bens comuns e não a existência ou não de bens particulares”⁷⁶.

Outra importante observação que fazemos é que o artigo 1.829 do Código Civil, especificamente, não fala em companheiro, apenas em cônjuge e em regime de bens do casamento. Por outro lado, temos o artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que dispõe que “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”. Apesar disso, o tratamento dado ao companheiro no campo sucessório é diferente daquele visto para o cônjuge. Veremos um pouco mais à frente como funciona e quais são as diferenças. Antes,

⁷⁵ Cfr. Maria Helena Diniz, *in* Manual das Sucessões, p. 167.

⁷⁶ Cfr. Maria Berenice Dias, *in* Manual das Sucessões, p. 166.

contudo, continuaremos com a análise da concorrência do cônjuge, agora passando à análise da concorrência com descendentes no direito sucessório português.

b) No direito português

No direito português encontramos algo bem mais simples, mais direto. A primeira diferença, que precisamos destacar desde já, é a não utilização da referência ao regime de bens adotado no casamento como critério de exclusão do cônjuge em algumas situações, como observamos no caso do direito brasileiro. No direito português o cônjuge sempre será herdeiro em concorrência com os descendentes.

Este tipo de concorrência sucessória é prevista nos artigos 2139º, 2159º e 2160º do Código Civil português.

Primeiro, no artigo 2139º, a previsão é para o caso de concorrência do cônjuge com os filhos na sucessão legítima:

ARTIGO 2139º

(Regras gerais)

1. A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.

Ou seja, o cônjuge e os filhos herdam igualmente, por cabeça. Caso haja mais de 3 filhos, fica reservada ao cônjuge a quarta parte da herança. Como já vimos em Capítulo anterior, esta foi uma atenção especial que a lei portuguesa deu à situação do cônjuge sobrevivente caso tenha que concorrer com muitos filhos.

No que diz respeito à sucessão legitimária, dispõe o seguinte:

ARTIGO 2159º

(Legítima do cônjuge e dos filhos)

1. A legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança.

2. Não havendo cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme exista um só filho ou existam dois ou mais.

ARTIGO 2160º

(Legítima dos descendentes do segundo grau e seguintes)

Os descendentes do segundo grau e seguintes têm direito à legítima que caberia ao seu ascendente, sendo a parte de cada um fixada nos termos prescritos para a sucessão legítima.

Em suma, a regra de concorrência entre cônjuge e filhos dispõe que estes herdeiros terão uma legítima de dois terços da herança a ser partilhada por cabeça, salvo na existência de mais de três filhos, quando o cônjuge terá resguardada a reserva de quarta parte

da herança. Caso a concorrência seja entre cônjuge e outros descendentes, de segundo ou maior grau, estes herdarão de acordo com as regras de representação dispostas no artigo 2160°.

7.2 Cônjuge com ascendentes

Na falta de descendentes para participar da sucessão, a classe seguinte passa a ser de concorrência do cônjuge com ascendentes, tanto na legislação brasileira quanto na legislação portuguesa. Aqui as legislações são ainda mais parecidas, mas ainda assim com algumas diferenças. Passemos ao exame.

a) No direito brasileiro

Na falta de descendentes, os ascendentes serão, então, chamados à sucessão, e o cônjuge sobrevivente também é chamado a suceder em concorrência com eles. Tudo isto está previsto nos artigos 1.829, II, e 1.836, do Código Civil brasileiro.

De compreensão bem mais simples, aqui o cônjuge será sempre herdeiro em concorrência, independentemente do regime de bens em que era casado com o falecido. Ele será meeiro ou não, a depender do regime de bens, mas herdeiro sempre. Interessante como tantos argumentos, utilizados anteriormente para afastar o cônjuge da sucessão, deixam de ter qualquer importância agora. Não importa se há meação, se o cônjuge garante sua subsistência com sua meação, não importa a existência ou não de bens particulares, não importa se há cláusulas de incomunicabilidade em algum bem... o cônjuge sobrevivente será herdeiro na segunda classe, em concorrência com os ascendentes, seja qual for o regime de bens adotado no casamento. Percebe-se, então, que toda a discussão anterior se dá mais na tentativa de proteger os descendentes do que em dar ou não o direito de suceder ao cônjuge sobrevivente.

A meação, como dito anteriormente, não tem qualquer relação com a sucessão. Além disso, aqui não há que se falar em bens comuns ou bens particulares, em dois montes, dois cálculos: o cônjuge será herdeiro concorrendo na totalidade da herança.

Quanto ao quinhão que caberá a cada um (cônjuge e ascendentes), é no artigo 1.837 que temos os cálculos para encontrar a solução:

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

Ou seja:

- Se os herdeiros forem o cônjuge, o pai e a mãe do falecido: é garantido um terço da herança ao cônjuge;

- Se os herdeiros forem o cônjuge concorrendo com o pai *ou* com a mãe do falecido: é garantido ao cônjuge metade da herança;

- Se os herdeiros forem o cônjuge e ascendente(s) de segundo ou maior grau (avós, bisavós etc.): é garantido ao cônjuge metade da herança, sendo a outra metade dividida em linhas (materna e paterna) e, após, por cabeça.

Percebemos o cuidado que a lei teve em proteger o cônjuge de acordo com o grau de ascendência daquele que concorre em relação ao *de cujus*. Se concorrer diretamente com pai e/ou mãe do autor da herança, o cônjuge acaba por fazer jus ao mesmo que caberá a cada um dos pais; caso o grau de ascendência seja maior, o cônjuge terá a garantia de metade da herança, independentemente da quantidade de ascendentes existentes. Isso demonstra uma preocupação específica em amparar o cônjuge, que provavelmente não será herdeiro dos bens que os ascendentes do seu cônjuge falecido herdarem.

Vejamos então como acontece esta concorrência no direito sucessório português.

b) No direito português

No direito português encontramos algo semelhante, principalmente porque nesta situação o cônjuge é considerado herdeiro independentemente do regime de bens adotado no casamento também no Brasil, aproximando ainda mais as duas realidades.

É no artigo 2142º do Código Civil português que encontramos a previsão de concorrência e determinação do quinhão de cada um:

CAPÍTULO III

Sucessão do cônjuge e dos ascendentes

ARTIGO 2142º

(Regras gerais)

1. Se não houver descendentes e o autor da sucessão deixar cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança.
2. Na falta de cônjuge, os ascendentes são chamados à totalidade da herança.
3. A partilha entre os ascendentes, nos casos previstos nos números anteriores, faz-se segundo as regras dos artigos 2135º e 2136º.

Aqui encontramos mais um caso de privilégio do cônjuge em relação aos demais, pois independentemente do grau de ascendência e da quantidade dos ascendentes que

concorrem com o cônjuge, este terá sempre a garantia de 2/3 da herança, enquanto os ascendentes ficam com o restante (1/3).

A legítima em caso de concurso entre cônjuge e ascendentes é prevista no artigo 2161º, sendo de dois terços da herança; destes dois terços da totalidade, 2/3 serão do cônjuge e 1/3 dos ascendentes.

7.3 Cônjuge com outros parentes

Tanto no direito brasileiro quanto no direito português não há concorrência do cônjuge com parentes colaterais. Como vimos, primeiramente o cônjuge concorre com descendentes. Na falta destes, o cônjuge concorre com ascendentes. E na falta destes últimos, o cônjuge passa a ser o único herdeiro (como já explanamos no Capítulo 6), já que é, em ambas as legislações, o único integrante da terceira classe da ordem de vocação sucessória.

Os outros parentes só serão chamados à sucessão na falta de descendentes, ascendentes e cônjuge, ou por via testamentária, como qualquer outra pessoa, pelo menos em regra, pode ser chamada. Ainda assim, caso exista apenas o cônjuge sobrevivente e algum parente colateral seja contemplado como herdeiro em testamento, não será caso de concorrência, visto que o cônjuge, como herdeiro necessário ou legitimário, terá sempre sua quota reservada.

Visto os possíveis casos de concorrência do cônjuge, passemos à análise das mesmas situações com o companheiro.

7.4 Concorrência do companheiro

Já vimos que no direito português não há qualquer previsão de sucessão por parte do companheiro sobrevivente, exceto quanto aos direitos reais que afetam a herança. De qualquer forma, não há que se falar, no direito sucessório português, em concorrência do companheiro com outras pessoas. Posto isto, este tópico se deterá apenas à análise da concorrência do companheiro sobrevivente no direito sucessório brasileiro, já que este prevê esta situação no próprio Código Civil.

Discutimos no capítulo anterior a posição do companheiro como herdeiro e quais os bens ele pode herdar. Agora vejamos como se dá a concorrência e como se define o quinhão que deve ser destinado a ele. Assim dispõe o artigo 1.790 do Código Civil brasileiro:

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

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

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

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

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

Façamos primeiro a análise da concorrência com os descendentes. Assim, os incisos I e II são os que nos interessam agora.

a) Companheiro com descendentes

Semelhante ao que acontece na concorrência do cônjuge com os descendentes, aqui temos algumas situações possíveis de concorrência, considerando a possibilidade de existir filhos comuns, filhos só do autor da sucessão, ou filhos comuns e filhos exclusivos. E como os incisos I e II do artigo em análise expressam os termos *filhos* e *descendentes* separadamente, também podemos cogitar as situações de descendentes comuns, descendentes só do autor da sucessão, ou, ainda, descendentes comuns e descendentes exclusivos.

Assim, chegamos às seguintes “combinações”: 1) companheiro com filhos comuns, 2) companheiro com descendentes comuns, 3) companheiro com descendentes exclusivos do autor da herança, 4) companheiro com filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança, e 5) companheiro com descendentes comuns e outros descendentes (que não filhos) exclusivos do autor da herança. Não só parece, como é confuso o desdobramento que se tem dos incisos do art. 1.790, por isso a importância em transcrevê-los aqui.

Antes que passemos à análise singular, devemos atentar para a problemática que os incisos I e II trazem ao utilizar a expressão *filhos* em um momento e *descendentes* em outro, gerando, portanto, uma distinção quando se trata de concorrência do companheiro com *filhos* comuns ou com *descendentes* comuns. Entretanto, a maioria da doutrina entende que isto não passou de um descuido (mais um!) do legislador, que quis utilizar a expressão *descendentes* em ambos os incisos⁷⁷. Sobre isto, na III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal foi aprovado o Enunciado nº 266 com o seguinte teor: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do

⁷⁷ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 216.

companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns”.

Desta forma, devemos entender a primeira situação de forma extensiva a todos os descendentes comuns, entendendo os números 1 e 2 como uma só situação (companheiros concorrendo com descendentes comuns). Além disso, a interpretação literal que geraria as situações 4 e 5 acima expostas se queda afastada, dando espaço a uma única situação no lugar delas: do companheiro concorrendo com descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cuius*.

Assim, ficamos com três possíveis situações: 1) companheiro concorrendo com descendentes comuns, 2) companheiro concorrendo com descendentes exclusivos do autor da sucessão, e 3) companheiro concorrendo com descendentes comuns e descendentes exclusivos do autor da sucessão. Agora, sim, vejamos uma a uma.

Na primeira situação, de concorrência entre companheiro e descendentes comuns, todos herdarão igualmente, pois o companheiro faz jus a quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, de acordo com o inciso I.

Na segunda situação, de concorrência entre companheiro e descendentes exclusivos do *de cuius*, o companheiro herdará a metade do que cada um dos descendentes herdar. Cada descendente tem direito a $2x$, logo o companheiro tem direito a x . É o que se depreende do inciso II.

Chegamos à terceira situação, que não está prevista nos incisos do art. 1.790, mas que, como vimos, é possível (e até muito comum). Nesta terceira situação, de concorrência do companheiro com descendentes comuns e exclusivos, encontramos um problema semelhante àquele da reserva de $\frac{1}{4}$ do cônjuge na concorrência de filiação híbrida: quanto o companheiro deve herdar? Ele faz jus à quota igual à dos descendentes ou apenas à metade do que couber a cada um deles? Que dispositivo devemos aplicar, o inciso I ou o inciso II?

Na busca por esta resposta, encontramos quatro correntes, cada uma com sua solução:

1ª corrente: de acordo com esta corrente o companheiro deve receber uma quota equivalente à que for atribuída ao descendente, aplicando, segundo a maioria da doutrina, o inciso I. Defende-se, para tanto, que a lei não expressou que o companheiro receberia quota igual à dos descendentes *apenas* se estes forem comuns, podendo, portanto, se estender este entendimento para o caso de filiação híbrida, e privilegiando o companheiro. Defensores desta

corrente⁷⁸: José Fernando Simão, Francisco José Cahali, Christiano Cassettari, Guilherme Calmon da Gama, Jorge Shiguemitsu Fujita, Inácio de Carvalho Neto, Rodrigo da Cunha, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno e Mário Luiz Delgado.

2ª corrente: esta corrente defende que o companheiro deve receber meia quota do que couber a cada descendente. Aqui entende-se que os descendentes devem ser privilegiados e protegidos, enquadrando a situação no inciso II do art. 1.790. Neste sentido, esclarece Flávio Tartuce, no mesmo entendimento de Maria Helena Diniz, que “deve-se interpretar que todos os filhos são daquele que morreu”⁷⁹, o que, de fato, é verdade. Mas seguindo este raciocínio fica tudo muito simples, talvez por “fugir” do problema real que é a existência de filhos comuns e exclusivos em uma mesma sucessão e a diferenciação, por parte da lei, do desdobramento sucessório com uns ou outros descendentes. Além dos doutrinadores já citados, são defensores deste entendimento⁸⁰: Euclides de Oliveira, Gustavo Rene Nicolau, Zeno Veloso e José Luiz Gavião de Almeida.

As outras correntes são soluções matemáticas, na tentativa de conciliar os incisos I e II do artigo 1.790 e preencher a lacuna deixada pelo legislador. Vejamos.

3ª corrente: nesta terceira corrente busca-se aplicar os incisos I e II do art. 1.790 conjuntamente através da aplicação de uma fórmula inicialmente proposta por Gabriele Tusa especialmente para isto⁸¹. Considerando os dois incisos, um que determina quota igual e outro que determina metade da quota de cada descendente, deve-se achar um *meio termo*, algo que fique entre um inteiro e metade de um, o que não necessariamente será 0,75, pois este *meio termo* variará de acordo com o número de descendentes comuns e exclusivos do falecido.

Sendo assim, se o número de descendentes comuns for maior que o número de descendentes exclusivos, a quota do companheiro será maior e ficará mais próxima da quota atribuída a cada descendente; se for o contrário, mais descendentes exclusivos do que comuns, a quota do companheiro será menor, ficando mais próximo da metade da quota de cada descendente. É uma forma de aplicar os incisos I e II do art. 1.790, atribuindo quota ao companheiro de forma proporcional ao número de descendentes existentes, sem prejudicar nenhuma das partes envolvidas, dando também tratamento igualitário entre os descendentes e

⁷⁸ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 220.

⁷⁹ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 221.

⁸⁰ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 220-221.

⁸¹ O Professor Gabriele Tusa criou esta fórmula e apresentou durante o V Congresso Brasileiro de Direito de Família, patrocinado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, e realizado em Belo Horizonte, em outubro de 2005. Cfr. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Posição sucessória do companheiro (membro da união de facto/união estável) nos direitos brasileiro e português, *in* Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira, p.442. Esta mesma tese foi reapresentada no VII Congresso do IBDFAM, em 2009. Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 223-225.

respeitando, deste modo, o mandamento presente no §6º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esta proposta pode ser utilizada em qualquer das hipóteses de concorrência entre companheiro e descendentes, sendo indispensável na existência da filiação híbrida.

Assim sendo, a equação para achar a porcentagem correta que define a quota de cada descendente e a quota do companheiro foi desenvolvida pelo professor Fernando Curi Peres, do Departamento de Sociologia e Economia da ESALQ/USP⁸²:

$$X = \frac{2(F+S)}{2(F+S) + 2F + S} \cdot H \quad \text{e} \quad C = \frac{2F + S}{2(F+S)} \cdot X$$

Onde:

X: é o quinhão hereditário que caberá a cada um dos descendentes;

C: é o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente;

H: é o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente;

F: é o número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente;

S: é o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

A solução é bem interessante, visto que, na falta de determinação legal para o problema colocado, encontra uma saída de forma ponderada, aplicando os incisos I e II do art. 1.790 em igual medida, resguardando o direito do companheiro e dos descendentes, respeitando a igualdade entre estes e buscando dar uma solução mais justa possível.

4ª corrente: nesta última corrente, explicada por Giselda Maria Fernandes Hironaka⁸³, também busca-se conciliar os incisos I e II do art. 1.790. Entretanto, embora se valha de uma análise matemática, aqui não há uma fórmula desenvolvida para se aplicar. O raciocínio é o de que os incisos sejam respeitados literalmente, mas separadamente.

Deste modo, o companheiro recebe quota igual ao que os descendentes comuns receberem, e metade da quota que receberem os descendentes exclusivos, da seguinte forma:

⁸² Cfr. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Posição sucessória do companheiro (membro da união de facto/união estável) nos direitos brasileiro e português, *in* Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira, p.442; e Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 223

⁸³ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 221-222.

primeiro divide-se a herança pelo total de descendentes; após, faz-se dois blocos, sendo um bloco com o total da herança dos descendentes comuns e outro bloco com o total da herança dos descendentes exclusivos; o primeiro bloco deve ser dividido de forma igual entre os descendentes comuns e o companheiro, de acordo com o inciso I do artigo 1.790; o segundo bloco (dos descendentes exclusivos do autor da herança) deve ser dividido entre os descendentes exclusivos do falecido e o companheiro sobrevivente de forma que este receba metade da quota que couber a cada descendente, de acordo com o inciso II do artigo 1.790. Ao final, somam-se as quotas do companheiro obtidas no primeiro e no segundo blocos, totalizando sua quota final.

Apesar de querer introduzir uma solução mais lógica neste contexto sucessório, tal solução não parece ser bem acolhida em virtude de várias questões, entre as quais destacamos duas: 1^a) os descendentes não recebem tratamento igual, desrespeitando, portanto, o §6º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil; 2^a) após somar as quotas do companheiro obtidas em cada bloco, ele acabar por receber mais do que os descendentes, o que não é possível de acordo com a lei.

O Enunciado nº 527 aprovado na V Jornada de Direito Civil, dispondo que em caso de filiação híbrida o cônjuge não tem a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, talvez esta seja um ponto de partida para encontrar uma solução mais acertada no caso de filiação híbrida e concorrência com companheiro sobrevivente. Ainda assim, nada temos para que se possa afirmar com segurança o que deve ser feito na concorrência do companheiro com filiação híbrida. A lei simplesmente silenciou e, pelo menos até agora, nada fez para ajustar esta situação. Diante disto, nos inclinamos para concordar com a primeira corrente apresentada, ou seja, considerar que companheiro sobrevivente e descendentes, independentemente de filiação em comum, herdarão por cabeça.

b) Companheiro com outros parentes

Continuando com o estudo dos incisos do artigo 1.790, passamos agora ao III, que dispõe que o companheiro terá direito a um terço da herança, se concorrer com outros parentes sucessíveis. Mas o que devemos entender aqui por “outros parentes sucessíveis”?

Achamos a resposta por exclusão: vimos que o inciso I tratou dos filhos⁸⁴ comuns e o inciso II tratou dos descendentes exclusivos do autor da herança; o que resta, então, para

⁸⁴ Apesar da expressão *filhos*, utilizada no inciso I do artigo 1.790, vamos nos basear no entendimento da maioria da doutrina que entende ser *descendentes* a expressão querida pelo legislador, mais adequada e lógica

enquadrarmos como “outros parentes sucessíveis” são os ascendentes e todos os outros parentes colaterais.

Logo, caso o companheiro concorra com ascendentes ou parentes colaterais do falecido, terá direito a um terço da herança. Como já discutimos anteriormente, a solução dada para a concorrência do companheiro com os ascendentes é semelhante àquela dada para o cônjuge. Entretanto, o cônjuge acaba por ser ainda mais protegido pela lei na situação específica de concorrência com ascendentes, pois, por exemplo, se a concorrência for com somente um ascendente de primeiro grau ou quantos forem de grau maior, o cônjuge recebe metade da herança, enquanto o companheiro continua a receber apenas 1/3. Esta análise comparativa será mais aprofundada em capítulo posterior.

8. COEXISTÊNCIA DE CÔNJUGE E COMPANHEIRO NUMA MESMA SUCESSÃO

Especificamente neste capítulo daremos ênfase ao que acontece no mundo jurídico brasileiro, já que o problema aqui apresentado ocorre apenas na realidade brasileira, sendo objeto de várias discussões. Entretanto, ao final faremos alguns comentários sobre este problema em Portugal.

Entre os temas controversos que o direito sucessório possui, está a coexistência de cônjuge e companheiro quando do falecimento do *de cuius*, situação não rara na sociedade contemporânea brasileira. Cada sujeito, cônjuge e companheiro, quer garantir seu direito sucessório. Mas nesta situação, quem tem razão em exigir sua posição de herdeiro, já que ambos têm direitos sucessórios previstos na lei brasileira? Apesar de herdarem diferentemente, cônjuge e companheiro podem ser herdeiros do *de cuius*, mas o direito brasileiro não prevê o direito sucessório para ambos numa mesma sucessão. Analisando a situação por etapas, comparando com problemas semelhantes existentes na própria legislação brasileira, e também com um breve relato comparativo com o direito português, vejamos como se dá a problemática e se há solução.

Aqui nos deteremos à análise da sucessão do *de cuius* quando este estava separado de fato há menos de dois anos mas já havia constituído união estável. Basta uma análise mais cuidadosa para percebermos que o legislador deixou uma lacuna duvidosa e que divide, até hoje, doutrinadores, tribunais e estudiosos do direito. Interessante notar que parte da doutrina que adota uma posição defende-a como se outra saída não houvesse, e a mesma coisa faz a doutrina que adota pensamento totalmente contrário. Está evidente, portanto, que a legislação deixa brecha para argumentos de diferentes posições, o que não deveria acontecer.

O Código Civil brasileiro não estabelece um tempo mínimo de separação para que se entenda estar configurava a chamada *separação de fato*. Dessa forma, entendemos que se dá desde o primeiro dia da separação dos cônjuges, já que, de fato, estão separados. Nada mais lógico.

Importante destacar que a separação de fato é um instituto totalmente diferente da separação judicial. Como dito, para haver separação de fato basta o casal de fato se separar (sendo redundantes, mas bem claros e diretos); já a separação judicial, antigo pré-requisito para obtenção do divórcio, é (ou era) aquela obtida através de processo judicial.

Assim como o Código Civil não regula tempo para configuração da separação de fato, também não o faz para a caracterização da união estável. Como já vimos neste trabalho, até 2003, quando o novo Código Civil brasileiro entrou em vigor, impunha-se um período de

cinco anos (salvo se houvesse prole do casal, situação em que o tempo de união não seria elemento essencial). Entretanto, com a entrada em vigor da nova lei, não existe mais um tempo mínimo para que a união estável reste configurada.

O Código Civil dispõe sobre a configuração da união estável no art. 1.723, e apesar de não mais estabelecer um tempo mínimo para sua configuração, a lei elencou alguns requisitos: convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família. Nenhuma surpresa, já que para equiparar a união estável ao casamento estes requisitos seriam entendidos quase que implicitamente.

Atenção: não podemos confundir união estável e concubinato, sendo este último caracterizado, a teor do art. 1.727, quando estejam em causa relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. O concubinato é, por exemplo, a relação amorosa que se tem paralela ao casamento. Esclareça-se também que ao concubino não cabe nenhum direito sucessório, com ressalva ao que está previsto no art. 1.801, inciso III, que prevê que o concubino pode ser herdeiro *testamentário* se o *de cujus* estiver separado de fato há mais de cinco anos⁸⁵. Ou seja, a regra é que o concubino não pode ser herdeiro nem legatário, nem mesmo via disposição testamentária.

Vimos durante este trabalho que tanto o cônjuge quanto o companheiro têm direitos sucessórios. Em relação ao cônjuge, ressalte-se que ainda que esteja separado de fato do *de cujus*, faz jus à sua participação na herança, como qualquer outro cônjuge, sem qualquer restrição.

8.1 Possibilidade do cônjuge sobrevivente separado de fato herdar

O art. 1.830 dispõe de forma simples e direta que o cônjuge separado de fato participa da sucessão, salvo se separado há mais de dois anos:

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.

Este dispositivo requer uma atenção especial. Começamos com uma ressalva para a análise da culpa.

A Emenda Constitucional nº 66, de 2010, deu nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal no que diz respeito à dissolução do casamento civil. Desde 2010 a

⁸⁵ Este inciso prevê a ausência de culpa do *de cujus* na separação de fato. Entretanto, como veremos, a culpa não mais se discute em dissolução conjugal.

separação judicial e a comprovada separação de fato por mais de dois anos deixaram de ser pré-requisitos para obtenção do divórcio. Desta forma, qualquer casal que deseje o divórcio pode pedi-lo de imediato. E a discussão da culpa, antes requisito da extinta⁸⁶ separação judicial, foi também eliminada. A discussão e aferição da culpa foram desconsideradas por serem de difícil obtenção; é um tema tão delicado e tão subjetivo que tornou-se impossível afirmar se um ou outro cônjuge agiu com culpa e que isso deu ensejo à falência do casamento. Moacir César Pena Júnior afirma que a discussão da culpa no Direito de Família e no Direito Sucessório implica violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vida privada (arts. 1º, III, e 5º, X, da Constituição Federal)⁸⁷. Nesse raciocínio, defendendo a abolição da culpa no debate sucessório, Flávio Tartuce e José Fernando Simão afirmam que “a ressalva do dispositivo merece censura em razão dos inúmeros conflitos que a matéria probatória pode gerar, mormente porque o falecido, por razões evidentes, não poderá se defender no caso concreto”⁸⁸.

Entendemos que os problemas que envolvam discussão acerca da culpa (adultério, transmissão de doenças, agressão etc.) podem ser discutidos em ação civil ou penal próprias, mas que em nada se comunicam com a ação de divórcio.

Para fins de dissolução do casamento civil, a separação judicial e a culpa não vêm mais ao caso. Por seu turno, a separação de fato pode acontecer, pois nem todos os casais que se separam fazem o pedido de divórcio de imediato, por motivos diversos. Com a extinção da separação judicial, restou unicamente o divórcio, que pode ser requerido a qualquer tempo, com ou sem motivos. Só há um único pré-requisito: estar casado.

Outra observação importante deve ser feita: há quem acredite que o separado de fato não faz jus à herança por ser este lapso temporal incompatível com a ordem constitucional (assim como o é considerado o requisito da culpa)⁸⁹ e como o prazo de dois anos era previsto como requisito para pedido de divórcio, requisito que não mais existe, não

⁸⁶ A separação judicial não foi extinta explicitamente. Entretanto, entendemos que houve a extinção do instituto em virtude da mudança trazida pela Emenda Constitucional nº 66, que instituiu o divórcio como forma de dissolução conjugal sem pré-requisitos, mas que silenciou em relação à separação judicial. Em sentido contrário, entendem alguns doutrinadores que a separação judicial ainda permanece, mesmo com o advento do chamado divórcio direto, pois pode haver casais que não tenham certeza sobre a dissolução conjugal e pretendam dispor de um tempo antes de optarem, ou não, pelo divórcio. Contudo, cremos não ser este argumento válido para reconhecer uma sobrevivência da separação judicial, pois, caso os cônjuge desejem o tempo acima referido, podem separar-se de fato, sem qualquer tipo de processo judicial, como explicitado acima.

⁸⁷ Cfr. Moacir César Pena Júnior, *in* Curso Completo de Direito das Sucessões, p. 130.

⁸⁸ Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil Vol. 6, p. 148.

⁸⁹ Este é o pensamento de Paulo Lobo, argumentando que a pessoa que não mais integra o núcleo familiar não deve participar da sucessão. Cfr. Paulo Lobo, *in* Direito Civil – Sucessões (e-Book).

faria sentido manter esta “abertura” temporal⁹⁰. Por outro lado, a existência da separação de fato é indiscutível, e a limitação prevista no artigo 1.830 é razoável já que o casal que não requer o divórcio de imediato ainda mantém vínculo familiar através do matrimônio. Óbvio que o casal que mantém este vínculo por mais de dois anos também continua casado, mas a previsão da separação de fato por mais de dois anos como impedimento no art. 1.830⁹¹ é uma previsão de tempo razoável dentro do que estudamos no Direito de Família. Fica mantido, pois, este limite (ou tolerância) temporal para participação do cônjuge separado de fato na sucessão do *de cuius*.

Assim sendo, entendemos que o cônjuge separado de fato pode, sim, ser chamado à sucessão do *de cuius*, desde que observado o limite de dois anos da separação de fato no momento da abertura da sucessão (morte do *de cuius*).

Não há lei especial para o cônjuge sobrevivente que estava separado de fato, devendo, portanto, obedecer à ordem sucessória disposta no art. 1.829, bem como suas ressalvas no caso de concorrência com descendentes, como já analisamos.

Ou seja, o cônjuge separado de fato será herdeiro do *de cuius*, desde que separado há no máximo dois anos à data da abertura da sucessão, de acordo com o disposto acima, e seguindo as regras de sucessão previstas para o cônjuge.

A coexistência das duas situações (cônjuge sobrevivente separado de fato e companheiro sobrevivente) num mesmo fenômeno sucessório é uma situação que não existia antes do Código Civil de 2002, já que para que se configurasse a união estável era necessário que o *de cuius* fosse solteiro, viúvo, separado judicialmente ou divorciado. Só isto já evitava que o problema em análise pudesse existir. Não estamos afirmando que as leis anteriores eram melhores ou piores. O problema ora em análise não existia, mas, em contrapartida, outros existiam. O companheiro, por exemplo, era detentor de muito menos direitos do que é hoje; não tinha o *status* e respeito que passou a possuir com o §3º do artigo 226 da Constituição Federal brasileira.

O fato é que o atual Código Civil brasileiro possibilita a existência dos dois sujeitos (cônjuge separado de fato e companheiro) quando da morte do autor da herança,

⁹⁰ Assim entendem Flávio Tartuce e José Fernando Simão, que afirmam que este prazo mantinha direta ligação com o pedido de divórcio direto (art. 1580, 2º). Os autores defendem “qualquer debate de prazos ou de culpa perdeu o objeto em matéria sucessória”. Cfr. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 151.

⁹¹ Interessante registrar a indignação do doutrinador Moacir César Pena Júnior com o artigo 1.830. Ele entende que com a separação de fato cessa o direito sucessório entre os cônjuges e até sugere uma nova redação para o artigo 1.830: “Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente ou companheiro sobrevivente ou parceiro sobrevivente da união homoafetiva se, ao tempo da morte do outro, com este convivia em comunhão plena de vida”. Cfr. Moacir César Pena Júnior, *in* Curso Completo de Direito das Sucessões, p. 130.

como vimos. O sistema jurídico prevê a separação de fato; a união estável pode ser configurada com pessoa separada de fato; e ambos têm direitos sucessórios previstos separadamente. Mas como fica o direito sucessório de cada um neste caso? Um tem preferência ou privilégios em relação ao outro? Pode existir a participação de ambos numa mesma sucessão? A legislação não se precaveu, apenas silenciou.

Com o silêncio da lei, a doutrina se desdobra para encontrar a melhor solução (e entenda-se por “melhor” a mais adequada segundo as leis em vigor). Podemos encontrar pelo menos seis soluções na doutrina brasileira, todas com bons defensores e bons argumentos.

a) Solução 1: ambos herdam sobre tudo igualmente, meio a meio

A primeira solução considera que o cônjuge sobrevivente separado de fato e o companheiro sobrevivente compõem a viuvez em pé de igualdade. Aqui, entende-se que ambos devem herdar igualmente sobre toda a herança. Assim afirma Euclides de Oliveira, apontando uma solução “em que os bens devam ser partilhados meio a meio entre cônjuge e companheiro sobreviventes”⁹².

Achamos esta solução um pouco precipitada, visto que, de acordo com a lei, na existência de descendentes nem todo cônjuge poderá ser herdeiro (a depender do regime de bens) e o companheiro deverá concorrer apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Ao solucionar o problema considerando que ambos herdam igualmente em relação a toda a herança (concorrendo, no caso de existência, com descendentes ou ascendentes), o doutrinador está ignorando a forma de herdar que a lei previu para o cônjuge e para o companheiro separadamente e está prevendo uma nova forma, inusitada, como se houvesse uma disposição para este caso específico. Essa solução poderia ser considerada se ficasse clara a falta de descendentes e ascendentes do *de cuius*, mas ainda assim teríamos problemas com o inciso III do artigo 1.790, que prevê a concorrência do companheiro sobrevivente com colaterais.

Enfim, esta solução poderia ser válida caso encontrasse previsão em nosso Código Civil, mas entendemos que, por enquanto, na sua falta, o mais razoável é buscar uma solução que não distorça o que temos vigente.

b) Solução 2: herdam conjuntamente apenas sobre os bens adquiridos onerosamente na união estável

⁹² Euclides de Oliveira *apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 236.

Este pensamento conduz ao *caput* do art. 1.790, pois entendem seus defensores que cônjuge e companheiro devem herdar conjuntamente apenas os bens adquiridos onerosamente na união estável. Eduardo de Oliveira Leite⁹³ menciona o entendimento de Guilherme Calmon da Gama neste sentido, pois entende ele que quando da previsão da vocação hereditária deve-se considerar o aditivo “e” para inserir o companheiro juntamente com o cônjuge⁹⁴.

Neste sentido, o Enunciado nº 525 foi aprovado na V Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação: “Os arts. 1.723, §1º, 1.790, 1.829 e 1.830 do Código Civil admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável.”

Não aderimos a esta solução, apesar do Enunciado aprovado, visto que o cônjuge é inserido no contexto do artigo que trata especificamente sobre a sucessão do companheiro. Ademais, entendemos que a existência do cônjuge não interfere na situação jurídica da união estável do seu ex-parceiro. Não conseguimos encontrar um caminho que nos leve a este raciocínio.

c) Solução 3: aplicação o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil

Ao concorrer com outros parentes, o companheiro tem direito a apenas 1/3 da herança, conforme dispõe o inciso III do art. 1.790. Nesta solução, propõe-se que o cônjuge seja considerado parente do *de cujus*, e por isso a aplicação deste dispositivo, ficando o companheiro com 1/3 e o cônjuge com 2/3 da herança. José Luiz Gavião de Almeida⁹⁵ entende que a expressão “outros parentes” contida no inciso III (e também no inciso IV) do artigo citado deve ser ampliada, incluindo, assim, o cônjuge.

Discordamos deste raciocínio, até porque discordamos do próprio teor do inciso III do art. 1.790, que desprivilegia o companheiro ao prever concorrência com outros parentes que não descendentes ou ascendentes. Ademais, o cônjuge não pode ser considerado neste inciso como “outros parentes”, pois já destacamos que tal expressão designa os ascendentes e os colaterais, e não, de forma alguma, o cônjuge. Não concordamos com este inciso e acreditamos fortemente que quando da elaboração dele, ao inserir “outros parentes”, com certeza o legislador não estava pensando no cônjuge.

⁹³ Eduardo de Oliveira Leite *apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 235.

⁹⁴ Ele menciona que o aditivo “e” deve ser considerado no inciso III do artigo 1.603 do Código Civil de 1916, artigo este que dispunha sobre a ordem de vocação hereditária, hoje prevista no artigo 1.829.

⁹⁵ José Luiz Gavião de Almeida *apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 236.

d) Solução 4: apenas o companheiro deve herdar

Nesta solução considera-se a prevalência do companheiro em relação ao cônjuge. Aqui não se faz separação dos momentos de casamento e união estável, não se considera uma divisão temporal dos bens. Aqui entende-se que no momento da configuração da união estável, o que restava da sociedade conjugal do casamento acabou. É um casamento falido, permanecendo apenas no registro civil. Configurada a união estável, após a separação de fato, resta tão-somente a meação do cônjuge. Dali pra frente o companheiro assume o papel da família para o *de cujus*. Ele que terá, assim, o direito à sucessão, nos termos do art. 1.790.

Este é o posicionamento de Francisco José Cahali⁹⁶, Moacir César Pena Júnior⁹⁷ e Christiano Cassettari, este último argumentando que o casamento se dissolveu com o fim do afeto e, ademais, o companheiro foi a pessoa escolhida pelo *de cujus* para construir o relacionamento afetivo⁹⁸.

É uma solução plausível, mas temos que concordar que o registro civil tem seu poder, não só pelo papel em si, mas pela carga de informações implícitas que tal formalidade traz consigo. Se o casal não pediu o divórcio, não o quis. Mais uma vez lembremos que nossa legislação permite que o separado de fato seja herdeiro. A configuração da união estável envolvendo pessoa separada de fato também está prevista. Sendo assim, não devemos ignorar os direitos previstos e interpretar a lei restritivamente.

e) Solução 5: ambos devem herdar, mas o cônjuge alcança mais bens

Nesta tentativa de resolver o problema, os estudiosos tentam ser justos com o cônjuge e com o companheiro.

O patrimônio do *de cujus* deve ser dividido em dois montes: o primeiro composto por bens adquiridos na constância do casamento até o início da união estável; o segundo composto por bens adquiridos onerosamente durante a união estável (até a morte do *de cujus*, evento causador da dissolução da união estável).

Sobre o primeiro monte, só o cônjuge terá direito de herança.

⁹⁶ Cfr. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *in* Direito das Sucessões, p. 223.

⁹⁷ Moacir César Pena Júnior afirma que “O successor legal é aquele (cônjuge ou companheiro sobreviventes) quando ao tempo da morte do outro, com este estava em comunhão plena de vida”. Cfr. Moacir César Pena Júnior, *in* Curso Completo de Direito das Sucessões, p 158.

⁹⁸ Christiano Cassettari *apud* Flávio Tartuce e José Fernando Simão, *in* Direito Civil vol. 6, p. 237.

Sobre o segundo monte, apenas o companheiro herdará. Em relação aos outros bens adquiridos (que não a título oneroso) durante a união estável, serão estes herdados apenas pelo cônjuge.

Fábio Ulhoa Coelho, defensor desta solução, até simplifica, nomeando os montes como ‘adquiridos onerosamente durante a união estável’ e ‘demais bens’⁹⁹.

Esta solução parece coerente com o nosso ordenamento, mas, ao nosso ver, pode falhar quando possibilita que o cônjuge sobrevivente herde bens que foram adquiridos na vigência da união estável do *de cuius*. Por exemplo, caso não haja concorrência sucessória entre o companheiro e outros parentes, o companheiro herdaria a totalidade do patrimônio e não apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Assim sendo, não seria justo que os bens adquiridos (onerosa ou gratuitamente) durante a vigência da união estável fossem herdados pelo cônjuge.

Ademais, ressalte-se que Flávio Tartuce e José Fernando Simão, que apontam esta solução como sendo a mais justa para o problema, entendem, no entanto, que com a separação de fato não há que se falar em direito sucessório. Seguindo o que estes autores defendem em relação ao art. 1.830, apenas o companheiro deveria herdar¹⁰⁰.

Entendemos ser esta solução a mais acertada, mais lógica e coerente com o que temos atualmente na nossa legislação.

f) Solução 6: ambos participam da sucessão, respeitando o tempo de cada relação conjugal

Paulo Lobo¹⁰¹ defende que ambos devem herdar, respeitando o tempo de duração do casamento e da união estável: até a separação de fato, o cônjuge faz jus à sua meação (se houver) e à sua quota da herança; a partir da constituição da união de fato, o companheiro faz jus à sua meação e também sua quota da herança. Contudo o autor não se manifesta sobre o que deva ser feito em relação aos bens eventualmente adquiridos no período compreendido entre a separação de fato e o início da união estável. Resta, portanto, um “vácuo” não resolvido.

⁹⁹ Cfr. Fábio Ulhoa Coelho, *in* Curso de Direito Civil: família, sucessões, vol. 5, p. 286.

¹⁰⁰ Flávio Tartuce e José Fernando Simão entendem que o artigo 1.830 deve ser lido da seguinte maneira: “Somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobreviventes se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de direito ou de fato”. Cfr. *in* Direito Civil vol. 6, p. 151. Sobre apenas o companheiro herdar, cfr. p. 237.

¹⁰¹ Cfr. Paulo Lobo, *in* Direito Civil: Sucessões (e-Book).

Vistas as várias posições que encontramos na doutrina, passemos à análise do nosso posicionamento.

g) Nosso entendimento

Entendemos que ambos devem participar da sucessão, mas tudo de acordo com o que está previsto em lei. Na falta de disposição para a participação de ambos numa única sucessão, devemos utilizar os arts. 1.790, 1.829 e 1.830 de forma harmoniosa. Vejamos.

Primeiramente, deve-se fazer as meações (se houver): a meação do cônjuge deve considerar o dia da separação de fato como o último dia da comunhão conjugal, tendo direito à meação dos bens nos seus estados até este dia; a meação do companheiro dar-se-á considerando o início da união estável até o dia da morte do *de cuius* (motivo da dissolução da união estável). Isto porque não vemos sentido em realizar meação de bens adquiridos após o término da vida conjugal (separação de fato). Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que “tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge”¹⁰².

Em seguida, o que fica é patrimônio do *de cuius*, objeto de herança. E com um raciocínio semelhante daquele utilizado para a meação, devemos proceder à sucessão, ou seja, analisando os fatos de acordo com a linha temporal e harmonizando a legislação em vigor: o cônjuge herdará considerando o estado dos bens à data do início da união estável, concorrendo ou não com descendentes ou ascendentes (os bens podem ser bens particulares, bens comuns – meação do *de cuius* – ou tudo, a depender do regime de bens em caso de concorrência com descendentes, tudo de acordo com o art. 1.829, I e II); o companheiro herdará em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, concorrendo ou não com descendentes ou ascendentes (de acordo com o art. 1.790, I e II).

Até aqui nossa solução é bem semelhante à apontada por Flávio Tartuce e José Fernando Simão, mas reiteramos que estes dois últimos doutrinadores apenas apontam a solução, pois entendem, na realidade, que o separado de fato não tem qualquer direito à sucessão¹⁰³.

Fazemos uma observação para a possibilidade de não haver descendentes ou ascendentes para concorrer com o cônjuge e o companheiro, mas existirem outros parentes

¹⁰² REsp. nº 555.771-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05 de maio de 2009.

¹⁰³ Mais uma vez apontamos o que defendem Flávio Tartuce e José Fernando Simão sobre o artigo 1.830: “Somente é reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobreviventes se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de direito ou de fato”. Cfr. *in* Direito Civil vol. 6, p. 151.

sucessíveis. Sabemos que na falta de descendentes e ascendentes o cônjuge tem o direito de herdar sozinho, assim previsto no inciso III do art. 1.829. Entretanto, situação diversa tem o companheiro, que se vê concorrente do parente colateral, sendo, inclusive, desfavorecido em relação a este, de acordo com o inciso III do art. 1.790. Não achamos justo que o cônjuge herde sozinho a parte dele enquanto o companheiro tenha apenas 1/3 da parte em que tem direito sucessório. Entretanto, esta é a regra disposta nos citados artigos. Assim sendo, o companheiro terá que dividir com os parentes a parte da meação do *de cujus* que foi adquirida onerosamente durante a união estável; todo o resto será objeto de herança do cônjuge. Concordamos que esta solução deixa o cônjuge em situação bastante privilegiada em relação ao companheiro, mas é o que prevê a lei. Por isso não concordamos com o inciso III do art. 1.790, pois nessa situação o mais correto seria o cônjuge herdar a totalidade dos bens considerando o estado deles até o início da nova relação do *de cujus* com outra pessoa (a união estável), devendo o restante ser destinado ao companheiro. Assim seriam considerados numa forma menos desigual e os limites temporais ficariam respeitados. Os colaterais herdariam apenas na falta de cônjuge e companheiro. Contudo, na situação atual da legislação brasileira, o companheiro concorrerá, sim, não apenas com os descendentes e os ascendentes, mas também com os colaterais.

Como pode-se observar, defendemos a participação de ambos na mesma sucessão, mas não uma concorrência entre cônjuge e companheiro. Eles não devem dividir os mesmos bens, eles devem participar da sucessão separadamente, fazendo a resolução por etapas, de acordo com a existência de cada entidade familiar no tempo. Conforme o estado atual da nossa legislação esta é a solução mais adequada. Assim o direito de herança que o cônjuge tem até os dois anos subsequentes à separação de fato se mantém respeitado até onde começa o direito de herança do companheiro sobrevivente.

Um problema decorrente deste entendimento é: o que será, então, a herança? Bens comuns (meação do *de cujus*), bens particulares do *de cujus*, tudo isto junto? Tudo vai depender da solução que o intérprete entender mais sensata e adequada ao problema específico. Vimos que alguns entendem que toda a herança deve ser considerada, outros consideram apenas os bens adquiridos onerosamente durante a união estável, outros podem considerar apenas os bens particulares, outros os bens particulares advindos da meação... O certo é que não há uma regra, uma norma a seguir, o que nos deixa em situação insegura.

Concluimos, portanto, com a ideia de que no caso apresentado não podemos restringir direitos ao companheiro ou ao cônjuge, pois ambos foram contemplados na legislação.

8.2 Relações putativas

Situação diversa, porém semelhante, é a que se dá nas relações putativas. E tal semelhança é de suma importância para um comparativo do problema ora em exame.

Putativo se diz daquilo que é falso, que foi concedido de maneira falsa a alguém, que tem aparência de verdadeiro mas que não o é.

No direito damos o nome de putativo àquilo que foi realizado de modo indevido, mas de boa-fé por desconhecimento, por parte dos agentes, do motivo impeditivo. Assim, temos duas situações que nos interessam diretamente: o casamento putativo e a união estável putativa. Vejamos ambas.

a) Casamento putativo

O casamento putativo é aquele que foi realizado sem observância das normas, por um ou ambos os cônjuges, e passível de nulidade ou anulabilidade. Para a caracterização do casamento putativo é imprescindível a não-observância de causa de impedimento ou causa suspensiva matrimonial, bem como a boa-fé por parte do cônjuge que casou desconhecendo o fato impeditivo ou suspensivo.

Apesar do casamento ocorrido não estar de acordo com as normas que regem o matrimônio, o fato é que ocorreu e, portanto, produz seus efeitos. E estes efeitos são produzidos até decisão judicial que anule o casamento. Entre estes efeitos estão os de direito sucessório. O Código Civil prevê a existência de casamento putativo e dispõe sobre como devem ser considerados os efeitos advindos dele¹⁰⁴:

Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

O cônjuge de boa-fé é herdeiro como em qualquer outro casamento. Se a decisão sobre a nulidade do casamento vem posteriormente à morte do *de cuius* (autor da herança), o cônjuge sobrevivente (e de boa-fé) herda plenamente de acordo com o que prevê o art. 1.829 e incisos. No mesmo raciocínio, se ambos os cônjuges estão de boa-fé, à morte de qualquer

¹⁰⁴ A legislação portuguesa também prevê o casamento putativo, nos artigos 1.647 e 1.648º do Código Civil português.

deles antes do trânsito em julgado de sentença anulatória, o cônjuge sobrevivente herda. É o entendimento de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹⁰⁵.

Uma das causas que impedem uma pessoa de contrair casamento é o fato de já ser casada. Entretanto, se a pessoa não sabe que a outra já é casada e se casa com esta pessoa, está de boa-fé. E então surge o exemplo semelhante ao tema deste estudo: a pessoa casada que contrai novo casamento deixa dois cônjuges. E para essa situação não há previsão legal, diferentemente do que ocorre em outros países (a exemplo da Itália, que, neste caso, afasta o cônjuge putativo da sucessão)¹⁰⁶.

Outra solução não há senão conceder direito sucessório a ambos os cônjuges sobreviventes, já que ambos são igualmente casados e estão de boa-fé. Herdarão como cônjuges, nos termos do art. 1.829.

b) União estável putativa

Seguindo o raciocínio do casamento putativo, existe também a figura da união estável putativa.

Neste pensamento, a união estável putativa é possível se uma pessoa impedida de constituir uma união estável ainda assim convive com alguém, de boa-fé, desconhecedor do impedimento, e nesta convivência estão presentes todos os requisitos da união estável elencados no art. 1.723 (convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família). É essencial que o companheiro desimpedido esteja de boa-fé, pois de outra forma estaria configurado o concubinato.

Entendemos que esta situação nada tem de diferente do que acontece no casamento putativo. E o exemplo é semelhante ao que já apresentamos: quando o companheiro de má-fé mantém duas (ou mais, não se sabe) famílias; ele está consciente dessa realidade e, ainda assim, mantém mais de uma entidade familiar, onde se caracteriza como figura essencial, concomitantemente.

Como dissemos anteriormente, fala-se em concubinato quando uma pessoa impedida de casar (uma pessoa já casada, por exemplo), mantém relações não-eventuais com

¹⁰⁵ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk *apud* Paulo Lobo, in *Direito Civil - Sucessões*.

¹⁰⁶ O artigo 584 do Código Civil Italiano assim dispõe:

“Art. 584 Successione del coniuge putativo.

Quando il matrimonio è stato dichiarato nullo dopo la morte di uno dei coniugi, al coniuge superstite di buona fede spetta la quota attribuita al coniuge dalle disposizioni che precedono. Si applica altresì la disposizione del secondo comma dell'articolo 540.

Egli è però escluso dalla successione, quando la persona della cui eredità si tratta è legata da valido matrimonio al momento della morte.”

outra pessoa. E de fato há certa semelhança, não fosse a boa-fé de um dos companheiros e o intuito de constituição de família. Sobre o concubinato já tecemos alguns comentários no tópico nº 3, inclusive quanto à sua quase nula posição sucessória.

Quando o Código Civil trata especificamente sobre a união estável, dispõe no art. 1.724 que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade e respeito. É bem verdade que o companheiro que mantém outra relação semelhante escondendo do seu segundo companheiro a entidade familiar que já possui não está cumprindo com estes deveres. A pessoa que mantém duas relações, ambas com o objetivo de constituição de família, não só está sendo desleal como também está desrespeitando suas famílias. Entretanto, o companheiro de boa-fé, desconhecedor da situação existente (no exemplo, outra união estável) não merece ficar desamparado legalmente, pois pauta sua vida inteira na constituição e manutenção da sua família.

Portanto, ao nosso ver, a figura da “união estável putativa” pode existir, desde que esteja presente a boa-fé de um dos companheiros. Caso a situação acima descrita ocorra (de coexistência de duas uniões estáveis tendo um sujeito em comum), ambos os companheiros sobreviventes farão jus à sucessão. Frize-se que na falta da boa-fé por parte do companheiro sobrevivente, a convivência não será sequer união estável, mas tão-somente um concubinato.

8.3 Situação no direito sucessório português

Como já estudamos, em Portugal o cônjuge é herdeiro legítimo e legitimário (este equivalente ao necessário no Brasil), mas não poderá participar da sucessão caso a sociedade conjugal tenha terminado, como dispõe o artigo 2133º, nº 3:

O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785º.

Atente-se para o fato de que mesmo que a sentença não tenha sido transitada em julgado ou mesmo proferida até a data da morte do autor da sucessão, o cônjuge será afastado da sucessão. Entende-se que a existência do processo de separação ou divórcio já expressa o fim do casamento.

A legislação portuguesa também prevê a separação de fato no artigo 1782º, entendendo que há separação de fato “quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer.”

Pelo que vimos, a exclusão do cônjuge só ocorrerá quando, pelo menos, o processo de separação ou divórcio estiver em tramitação. Nada diz a lei em relação ao cônjuge separado de fato, pelo que entendemos que este será chamado à sucessão, como herdeiro legítimo e legitimário que é.

Sobre a união de facto no direito português, já vimos todos os seus pormenores neste trabalho quando estudamos a Lei nº 7, de 11 de maio de 2001 (atualizada pela Lei nº 23, de 30 de agosto de 2010), que conceitua a união de fato e adota medidas para sua proteção em Portugal. Quanto à sua definição, a lei estabeleceu requisitos para que ela seja válida: duas pessoas que vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos¹⁰⁷. Somente para ilustrar, lembremos que dois anos é exatamente o limite temporal que o direito brasileiro prevê para que o separado de fato possa participar da sucessão.

Porém, diferentemente do Brasil, sabemos que o direito português não prevê a sucessão do convivente. Além da falta de previsão de direitos sucessórios do convivente, a existência de casamento anterior não dissolvido (por divórcio ou separação judicial) impede que ao convivente seja atribuído benefícios ou direitos, em vida ou por morte (artigo 2º, c, da Lei nº 23/2010). Ou seja, o separado de fato, independentemente do tempo desta separação, pode conviver com outra pessoa com o intuito de constituição de família, vivendo em condições análogas às das pessoas casadas por mais de dois anos, como prevê o artigo 1º, nº 2, desta lei, pois nada impede que ela mantenha uma vida em comum com outra pessoa. Entretanto, nenhum efeito conjugal surgirá deste convívio, visto que o estatuto legal da união de fato é incompatível com o casamento não dissolvido de um dos conviventes.

Percebemos, então, que não é possível a coexistência das figuras do cônjuge separado de fato e do convivente numa mesma situação em Portugal, já que a existência de casamento não dissolvido é um impedimento legal para a configuração da união de facto. Portanto, a celeuma existente no direito brasileiro não decorre de qualquer influência advinda do direito português.

Visto todo o contexto sucessório sobre o cônjuge e o companheiro/convivente nas duas realidades, brasileira e portuguesa, com as devidas observações quanto ao direito sucessório e também com análise de pontos cruciais sobre a problemática da posição sucessória daquele que foi escolhido pelo *de cuius* para ser parte de sua família, passemos ao último capítulo, fazendo uma síntese de tudo o que foi abordado.

¹⁰⁷ Artigo 1º, 2, da Lei nº 23, de 30 de agosto de 2010.

9. SÍNTESE E ANÁLISE CRÍTICA DAS QUESTÕES CONTROVERSAS SOBRE A ATUAL POSIÇÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO OU CONVIVENTE

Neste último capítulo reforçamos as críticas já feitas ao longo do estudo em relação ao direito sucessório do cônjuge e do companheiro/convivente nas legislações brasileira e portuguesa. Entretanto, aqui iremos confrontar os principais pontos críticos de cada legislação, fazer comparativos mais reforçados e completos, e expor, ao longo de todos os apontamentos, o nosso posicionamento.

A maioria das questões que aqui discutimos diz respeito aos problemas sucessórios brasileiros, pois, como o estudo propõe, os questionamentos quase sempre situam-se no confronto da situação do cônjuge com a situação do companheiro/convivente. Como o direito português não prevê sequer uma brecha para que possamos considerar o convivente como herdeiro, os maiores problemas encontrados em termos comparativos entre cônjuge e companheiro são mesmo do direito brasileiro. Entretanto, não nos abstermos de outras críticas isoladas à situação do cônjuge, fazendo um comparativo luso-brasileiro.

Começamos por comentar sobre a principal razão de não haver o que confrontar no Direito Sucessório português. Entendemos ser um descaso completo a falta de atenção ao convivente em tal sistema jurídico. Acreditamos que isto aconteça não só pela vontade de desconsiderar o convivente como herdeiro, mas por desconsiderar a união de facto como uma entidade familiar, o que ao nosso ver também é lamentável. O professor Diogo Leite de Campos afirma com clareza esta realidade portuguesa: “A união de facto não é, em Direito português, relação familiar. Não é regulada de modo semelhante ao casamento, embora produza alguns efeitos de Direito. Nem é considerada um outro vínculo jurídico”¹⁰⁸.

Em relação ao Direito Sucessório brasileiro, podemos observar a todo momento que apesar do esforço da Constituição Federal de 1988 em equiparar a união estável ao casamento, considerando-a uma entidade familiar, o Código Civil parece ignorar a supremacia da Carta Magna e dispensa tratamento diferenciado ao cônjuge e ao companheiro. E na esmagadora maioria das situações o cônjuge é privilegiado, detendo tratamento mais protetivo e possuindo mais direitos do que o companheiro.

Feita esta primeira crítica, passemos então aos pontos que selecionamos como sendo os mais preocupantes deste debate.

¹⁰⁸ Cfr. Diogo Leite de Campos, *in* Lições de Direito de Família e das Sucessões, p. 21.

a) Disparidade explícita entre cônjuge e companheiro na concorrência com descendentes

É evidente que estamos nos referindo ao Direito Sucessório brasileiro, já que, como acabamos de relembrar, o convivente não é contemplado como herdeiro na sucessão portuguesa.

Não podemos deixar de demonstrar nossa insatisfação com a absurda diferença de tratamento quando da concorrência com os descendentes, em diversos pontos.

Como vimos, o cônjuge nem sempre será herdeiro, pois sua participação na sucessão dependerá do regime de bens que foi adotado no casamento. Já o companheiro, independentemente de ter adotado algum regime de bens num possível registro de união estável ou de pacto antenupcial, será sempre herdeiro. Esta é a primeira diferença que achamos incômoda e que demonstra pura falta de atenção com a situação do cônjuge, que, nesta comparação, recebe tratamento desfavorável.

Já expomos nosso descontentamento sobre a utilização do tipo de regime de bens do casamento como parâmetro para excluir ou não o cônjuge do processo sucessório. O regime de bens é escolhido para o casamento, não para além da morte. O argumento utilizado por alguns juristas de que o que se quis em vida em relação aos seus bens deve ser considerado também para após sua morte, não nos convence. Até porque este argumento é considerado em alguns momentos (o que acontece no inciso I do art. 1.829), e em outros simplesmente afastado, como que esquecido (como, por exemplo, no inciso II do mesmo artigo). A vida em comum (sua constituição, duração e dissolução por vontade das partes, como previsto no Direito de Família) é uma coisa; a herança (processo que cuida do destino dos bens de alguém que morre, ou seja, um processo pós-morte) é outra coisa bem diferente. A primeira etapa é toda disciplinada pelo Direito de Família; a segunda tem suas regras no Direito Sucessório. São momentos diferentes, casos diferentes, motivos diferentes... não entendemos porque o legislador decidiu confundir tudo. Aliás, até buscamos entender e percebemos que o propósito foi afastar o cônjuge da sucessão quando este receba sua meação (apesar de meação e herança não se confundirem, como já explicamos no início deste trabalho). Entretanto, não foi isso que o legislador fez, gerando uma confusão na legislação, nos processos e, conseqüentemente, na vida das pessoas. Ora ele concorre, ora ele não concorre e, ao final das contas, ninguém consegue definir com segurança qual a linha que define os critérios.

Além disso, quando o cônjuge concorre com os descendentes a herança é dividida igualmente¹⁰⁹. Já o companheiro tem a herança dividida igualmente apenas quando os descendentes são comuns, ou seja, quando o companheiro sobrevivente também é ascendente dos descendentes com quem concorre; quando os descendentes são exclusivos do autor da sucessão, o direito sucessório do companheiro despenca pela metade. E assim ficam cônjuge e companheiro com tratamento desigual em, matematicamente falando, 50%. O companheiro faz juz somente à metade daquilo que o cônjuge tem em condições semelhantes.

Ainda sobre a concorrência com os descendentes fazemos uma última observação: sobre os bens a herdar. O cônjuge, uma vez considerado herdeiro em concorrência com os descendentes, ou seja, passada a fase de análise do regime de bens para enquadrá-lo como herdeiro, herdará tanto da meação do *de cuius* quanto de seu patrimônio particular (com exceção do regime de comunhão parcial de bens¹¹⁰). Já o companheiro herdará apenas em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, como dispõe o *caput* do art. 1.790 do Código Civil brasileiro, independentemente do regime de bens que tenha sido adotado para a união estável. Mais uma diferença crucial na forma como o cônjuge e o companheiro participam na sucessão do seu parceiro, diferença esta sem sentido ou fundamento, sem qualquer argumento que torne aceitável a imposição de tratamento desigual por parte da lei infraconstitucional brasileira, uma vez que a história mostra que esse distanciamento entre as relações casamento e união estável devem desaparecer cada vez mais.

Ainda que a previsão de concorrência com os descendentes esteja em dispositivos diferentes (com o cônjuge no art. 1.829 e com o companheiro no art. 1.790), ambos deveriam prever a concorrência na mesma linha de raciocínio, quer seja em relação à utilização do regime de bens como critério de exclusão de participação na sucessão, quer seja em relação à divisão da herança entre os descendentes e o parceiro do *de cuius*, ou, ainda, em relação aos bens que o cônjuge e o companheiro poderão herdar. A ideia é proteger a família, seja ela formada por um casamento ou por uma união estável, ambas constitucionalmente protegidas e equiparadas. As diferenças sucessórias não merecem nosso apoio, principalmente pelos motivos levantados, na maioria sem força suficientemente relevante.

¹⁰⁹ Salvo quando haja reserva da quarta parte, como vimos. Mas este é um assunto que discutiremos no próximo ponto. Por ora vamos ignorar este detalhe.

¹¹⁰ Como vimos, no Capítulo 7, este é um tema bastante debatido, pois não se pode afirmar com muita certeza sobre quais bens o cônjuge será herdeiro. Entretanto, para esta análise, nos basearemos na maioria da doutrina, ou seja, no regime de comunhão parcial de bens o cônjuge sobrevivente concorre apenas em relação aos bens particulares do *de cuius*.

b) Ausência da reserva de uma quarta parte da herança para o companheiro

Este quesito ainda diz respeito à concorrência com os descendentes, mas, como se trata de um problema mais específico e tratado em dispositivo próprio, preferimos analisá-lo de forma isolada neste ponto.

Como vimos no Capítulo 5, o cônjuge tem direito à reserva de uma quarta parte da herança caso seja ascendente dos descendentes com quem concorre, nos termos do art.1.832 do Código Civil¹¹¹. Vimos que o direito sucessório português também prevê a reserva de uma quarta parte da herança para o cônjuge em caso de concorrência com descendentes, no artigo 2139º do Código Civil português. Entretanto, pela falta de previsão sucessória para o companheiro na legislação portuguesa, faremos esta comparação tendo por base apenas a legislação brasileira.

Pois bem. Deixando de lado a polêmica sobre a existência desta reserva de uma quarta parte da herança, já discutida neste trabalho, o fato é que o cônjuge tem direito a pelo menos um quarto da herança quando concorre com descendentes, e desde que seja ascendente deles. Este direito visa proteger o cônjuge para que ele não herde tão pouco em caso de um número elevado de descendentes (quatro ou mais), já que com até três filhos ele herda por cabeça a mesma coisa que se fizesse este tipo de reserva.

O companheiro, por sua vez, não tem qualquer proteção neste sentido. Pelo contrário! Ele herda por cabeça apenas se for ascendentes dos herdeiros com quem concorra, pois caso contrário, como vimos, herda apenas a metade do que couber a cada um dos descendentes, sem qualquer reserva de parte da herança em caso de número elevado destes. Quanto maior este número, menos o companheiro herdará, sem limite mínimo.

A reserva de uma quarta parte da herança ao cônjuge tem apenas uma função: beneficiar o cônjuge herdeiro para que não fique desamparado economicamente, apesar desta vantagem restar afastada em caso de concorrência com descendentes exclusivos do *de cujus*, como já estudamos.

Estando presente em todos os momentos ou não, a verdade é que o benefício existe e é aplicado em favor do cônjuge sobrevivente. O legislador brasileiro não se preocupou, em momento algum, em colocar a situação do companheiro em pé de igualdade em relação à do cônjuge também neste ponto. O companheiro tem suas regras sucessórias restritas ao art. 1.790, que não prevê qualquer benefício ao companheiro sobrevivente.

¹¹¹ No Capítulo 5 debatemos sobre os problemas advindos do art. 1.832. Por isto, e por não ser o objeto de discussão neste momento, não voltaremos a discuti-los aqui.

c) Ausência de disciplina sobre descendentes de filiação híbrida

Outro ponto que destacamos e que merece reflexão ainda se refere à concorrência com os descendentes, mais especificamente na interferência deles na participação do cônjuge ou do companheiro na sucessão.

Quando estudamos sobre esta concorrência, no Capítulo 7, vimos que é possível a concorrência com descendentes comuns e exclusivos ao mesmo tempo, ao que chamamos de filiação híbrida. O direito sucessório brasileiro não prevê esta possibilidade, apesar de ser cada vez mais comum (o que não deve ser muito diferente da realidade portuguesa). Ainda que não haja previsão, o Código Civil brasileiro fala em ascendência daqueles com quem concorre, como vimos no tópico anterior. Ou seja, ele prevê que os descendentes podem ser comuns ou exclusivos do *de cujus*. O problema é este “ou”, pois a união destes descendentes numa mesma sucessão não é, em momento algum, alvo de cuidado legislativo, mas sabemos que esta situação é fato cada vez mais comum na sociedade contemporânea. O direito português não prevê qualquer diferenciação neste sentido, devendo considerar os descendentes igualmente, importando apenas que tenham o autor da sucessão como ascendente.

O interessante desta observação no direito brasileiro é que a falta de disposição sobre a divisão da herança em caso de filiação híbrida (ou mesmo sobre a reserva de uma quarta parte da herança) traz diversos problemas no direito sucessório brasileiro. Vimos nos Capítulos 5, 6 e 7 que existem várias correntes que dividem os estudiosos do Direito das Sucessões, com diversas teorias que buscam uma solução adequada para o problema atualmente existente.

Por outro lado, a falta de legislação sobre filiação híbrida no direito sucessório português não faz qualquer falta, não deixa qualquer lacuna. Isto porque o legislador português não faz distinção entre filhos comuns ou exclusivos do autor da sucessão. Em momento algum há previsão de benefício ou de qualquer outro direito com a ressalva de ascendência comum do cônjuge sobrevivente e do autor da herança. Desta forma, todas as regras valerão para os filhos (ou outros descendentes) independentemente da ascendência com o cônjuge concorrente. O que importa é a ascendência do autor da herança, óbvio.

Em suma, a observação principal que fazemos aqui é: a falta de disposição sobre concorrência com descendentes de filiação híbrida é uma lacuna na legislação brasileira, enquanto na legislação portuguesa não causa nenhum transtorno. Ou, por outro prisma, a

legislação brasileira não deveria fazer esta confusa distinção entre a ascendência dos herdeiros, pois isto pode desaguar num tratamento desigual entre os descendentes (a depender da corrente seguida), o que é inconstitucional, já que o § 6º do art. 227 dispõe o seguinte: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”.

Com esta consideração podemos perceber que o que aparenta é que legislador brasileiro iniciou a disciplina da concorrência prevendo a existência de descendentes comuns, exclusivos e até de filiação híbrida, mas optou por se abster de disciplinar o assunto de forma completa, deixando a legislação da maneira que encontramos atualmente, com problemas tanto em relação ao cônjuge quanto ao companheiro. O legislador português, por seu turno, não dispôs sobre filiação híbrida por não achar necessário, uma vez que em nenhum momento fez diferença entre concorrência com descendentes comuns e descendentes exclusivos, o que tornou dispensável tal abordagem. Ao que nos parece, neste ponto o legislador português disciplinou a concorrência entre cônjuge e descendentes de forma consciente e completa, optando por considerar os descendentes igualmente e não privilegiar o cônjuge por ser ascendente dos herdeiros com quem concorre.

d) Disparidade explícita entre cônjuge e companheiro na concorrência com ascendentes

O Código Civil brasileiro mais uma vez distanciou as situações do cônjuge e do companheiro quanto à concorrência com os ascendentes. Vejamos o paralelo.

O cônjuge concorre igualmente se os ascendentes forem os pais do *de cujus*, fazendo jus a um terço da herança, quando concorrer com ambos os pais do *de cujus*, ou à metade da herança, quando concorrer apenas com um dos pais do *de cujus*. Se o grau de ascendência daqueles que concorrem com o cônjuge for maior (por exemplo, avós do *de cujus*), cabe ao cônjuge metade da herança. Mais um cuidado em amparar o cônjuge sobrevivente, que aqui herda independentemente do regime de bens adotado no casamento.

Já o companheiro concorrendo com ascendentes, independentemente da quantidade ou do grau de ascendência, tem direito a apenas um terço da herança. Caso concorra com pai e mãe do *de cujus*, coincidentemente sua parte da herança será a mesma que caberia caso fosse cônjuge, e nesta hipótese não há qualquer crítica a se fazer, apesar do resultado se dar por motivos diferentes. Entretanto, apenas nesta hipótese cônjuge e

companheiro terão o mesmo direito sucessório quando o assunto é concorrência com ascendentes.

Caso a concorrência seja do companheiro com apenas um dos pais, o companheiro ficará com uma terça parte da herança, e o pai ou mãe do *de cuius* com o equivalente a dois terços. Caso seja maior o grau de ascendência, independentemente da quantidade de ascendentes com que concorrer, o companheiro continuará com seu direito restrito a uma terça parte da herança. Ou seja, caso o companheiro concorra com um bisavô do *de cuius*, por exemplo, este herdará dois terços da herança enquanto o companheiro sobrevivente terá que se contentar com sua terça parte. Na mesma situação o cônjuge ficaria com metade da herança.

Ainda pior é a situação do companheiro se lembrarmos o dispositivo que demonstra sua concorrência com outros parentes sucessíveis: ele concorre não apenas com os ascendentes, mas com os parentes colaterais até o quarto grau do *de cuius*. Passemos adiante para a análise deste ponto.

e) Concorrência com parentes colaterais

Como vimos, o cônjuge, juntamente com descendentes e ascendentes, é considerado pela lei brasileira herdeiro necessário. Portanto, a concorrência será sempre entre eles; os outros parentes só poderão participar da herança via testamento ou caso não haja descendentes, cônjuge ou ascendentes para herdar.

Com o companheiro a situação muda totalmente. Se por um momento achamos que poderíamos considerar o companheiro como herdeiro necessário, em equiparação da sua situação com a do cônjuge, nos deparamos com o inciso III do art. 1.790 do Código Civil brasileiro e vimos que ele concorre com todos os outros parentes sucessíveis do *de cuius* (onde se incluem os ascendentes e os colaterais até o quarto grau).

Ou seja: o cônjuge herda sozinho na terceira classe, caso não existam descendentes (com quem concorre na primeira classe) nem ascendentes (com quem concorre na segunda classe). Já para o companheiro, considerando que na classe dos parentes sucessíveis estão incluídos tanto os ascendentes quanto os colaterais, temos uma forma de concorrência que não ocorre com relação ao cônjuge: a concorrência com os colaterais. Em suma, o cônjuge concorre com os descendentes e ascendentes, ao passo que o companheiro concorre com os descendentes, os ascendentes e os colaterais.

Visualizando desta forma, percebemos porque não podemos considerar, pelo menos da forma como a lei está posta, o companheiro como herdeiro necessário: além da própria lei não lhe atribuir este valor, a concorrência com parentes colaterais está claramente prevista, diferenciando, mais uma vez, sua situação daquela conferida ao cônjuge sobrevivente. Assim sendo, as chances de o companheiro sobrevivo herdar sozinho são muito raras. Mais uma grande diferença da posição do cônjuge e do companheiro num prisma de idêntica situação.

f) Requisito para o direito real de habitação do cônjuge relativamente à residência da família

Quando a legislação brasileira prevê o direito de habitação ao cônjuge, ela condiciona tal direito à existência de um único bem destinado à residência da família no inventário (art. 1.831). Já discorremos sobre isto, inclusive especificando sobre a natureza dos bens.

Vimos ainda que o companheiro também foi privilegiado com o direito de habitação, em legislação específica e anterior ao Código Civil de 2002, qual seja o art. 7º da Lei nº 9.278/96, mas que continua em vigor.

O cerne da discussão aqui proposta está justamente na comparação destas duas medidas: enquanto há um requisito para que o direito seja conferido ao cônjuge, o mesmo não ocorre em relação ao companheiro. O companheiro faz jus ao seu direito de habitação independentemente do número de imóveis destinados à residência da família constantes no inventário. Este é um raro caso em que o companheiro tem maior privilégio que o cônjuge em questões sucessórias.

Fala-se em inconstitucionalidade do art. 1.831 do Código Civil brasileiro, dispositivo que prevê o direito de habitação ao cônjuge com a indevida ressalva. Fábio Ulhoa Coelho defende que esta condição para existência do benefício ao cônjuge deve ser excluída, ignorada, e que deve ser estendida a este herdeiro a mesma amplitude que se dá ao companheiro: “Desse modo, independentemente de existirem ou não outros imóveis na herança, o cônjuge ou companheiro do falecido tem o direito de usar aquele em que residia ao tempo da abertura da sucessão”¹¹².

¹¹² Cfr. Fábio Ulhoa Coelho, *in* Curso de Direito Civil: família, sucessões, p. 293.

A esse respeito, vejamos a ementa do julgado de um Recurso Especial pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de 2011:

DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SITUAÇÃO JURÍDICA MAIS VANTAJOSA PARA O COMPANHEIRO QUE PARA O CÔNJUGE. EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. 1.- O Código Civil de 1916, com a redação que lhe foi dada pelo Estatuto da Mulher Casada, conferia ao cônjuge sobrevivente direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que casado sob o regime da comunhão universal de bens. 2.- A Lei nº 9.278/96 conferiu direito equivalente aos companheiros e o Código Civil de 2002 abandonou a postura restritiva do anterior, estendendo o benefício a todos os cônjuges sobreviventes, independentemente do regime de bens do casamento. 3.- A Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002. (REsp. 821660/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, Julgado em 14/06/2011)

Se não se justifica que o cônjuge seja privilegiado em relação ao companheiro em situação igual, também não se justifica o contrário. As vantagens previstas para o cônjuge ou companheiro devem ser interpretadas como um benefício ao parceiro do *de cuius*, seja ele de uma relação de casamento ou de união estável.

g) Outras considerações

Entre tantos pormenores que encontramos ao longo da legislação, os pontos que destacamos acima foram os mais importantes, que merecem destaque e uma maior reflexão.

Em uma primeira análise já percebemos que o tratamento sucessório dado ao companheiro é diferente daquele dedicado ao cônjuge, e na grande maioria das vezes o cônjuge é o grande beneficiado. A realidade portuguesa é bastante clara quando sequer considera a possibilidade do companheiro ser herdeiro. Já no caso brasileiro, é louvável a intenção do legislador em inserir o companheiro no fenômeno sucessório, mas o faz de forma equivocada e repleta de falhas, de vícios que poderiam facilmente ser corrigidos. O que nos parece é que o legislador brasileiro quis introduzir detalhes e precisão aos pormenores do processo sucessório, mas não foi isso que fez na prática, pois a inserção do texto incompleto e dúbio apenas contribuiu para tornar a resolução dos problemas sucessórios ainda mais complicada.

Especificamente no que tange à sucessão do companheiro, alguns doutrinadores cogitam a inconstitucionalidade do art. 1.790, pelos vários problemas existentes nele e que estudamos ao longo deste trabalho. É difícil afirmar com veemência e certeza que o art. 1.790 do Código Civil brasileiro é inconstitucional, apesar de possuir vários problemas. Será que algumas modificações já não seriam suficientes para o adaptar às exigências constitucionais? No mesmo tom afirmam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que “o artigo é totalmente impróprio, inadequado na forma e conteúdo, mas daí inferir-se a sua inconstitucionalidade há certa distância”¹¹³.

Neste momento de considerações sobre as principais questões controversas entre cônjuge e companheiro, comparando-os dentro da realidade de cada país em questão, nos preocupamos em enfatizar as particularidades que mais incomodam os estudiosos da matéria, os juristas que lidam com os problemas na prática todos os dias, sejam pelos advogados que não sabem o que esperar da justiça, sejam pelos juízes que se veem numa difícil situação e têm de formar uma opinião segura para embasar suas decisões. Estes problemas derivam da falta de atenção legislativa que se deu à matéria.

Sem nos adiantarmos em relação às considerações finais deste trabalho, mas já nos encaminhando para elas, queremos deixar claro que os problemas no campo sucessório especificamente quando se trata da posição do cônjuge e do companheiro existem, são muitos e merecem mais atenção do legislador. Enquanto isso, a comunidade jurídica tenta, de diversas formas, equilibrar os conceitos, interpretar os termos e enquadrar os casos naquilo que julga mais adequado em determinado momento.

Assim chegamos ao final do nosso trabalho, ao que passamos às últimas considerações.

¹¹³ Cfr. Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *in* Direito das Sucessões, p. 212.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É chegado o final deste trabalho, e agora, sim, podemos confirmar várias afirmações feitas ainda na introdução: são vários os problemas existentes no fenômeno sucessório, a legislação é falha, as tentativas de solucionar os problemas são diversas. Passemos, então, às nossas conclusões.

A análise comparativa entre os países em estudo foi bastante enriquecedora, em vários sentidos, principalmente para enxergarmos a evolução e o desenrolar dos problemas em cada realidade e tomarmos como parâmetro para mudanças legislativas em uma ou em outra ordem jurídica. Como exemplo claro desta comparação temos a confusa disciplina do direito brasileiro sobre o direito sucessório do cônjuge, enquanto o direito português é bem mais claro e direto sobre a participação do cônjuge no fenômeno sucessório. Por outro lado, o direito brasileiro avança no sentido de prever direitos sucessórios do companheiro, enquanto o direito português silencia e não considera o convivente no fenômeno sucessório. Acreditamos que este trabalho nos fez refletir muito sobre os problemas internos, mas também nos deu um olhar mais para a perspectiva luso-brasileira.

Percebemos claramente que a legislação brasileira é bem mais falha e, conseqüentemente, nos traz mais problemas. Especificamente sobre o tão (mal) falado art. 1.829 do Código Civil brasileiro, destacamos um trecho de Francisco José Cahali que utiliza quatro adjetivos para o legislador e que traduz a infelicidade deste dispositivo¹¹⁴:

O legislador de 2002 foi extremamente **falho** na técnica, **confuso** na apresentação do tema, **tumultuado** na variada casuística de identificação da convocação [...] e até **injusto** por, conforme a circunstância, deixar a união estável mais atraente que o casamento... (grifo nosso)

Mais à frente o mesmo autor afirma que a norma é mesmo atrapalhada e que há necessidade de mudança legislativa, opinião da qual compartilhamos.

Da forma como encontramos o direito sucessório no atual Código Civil brasileiro parece que o legislador, na ânsia de finalizar o Código Civil que já tramitava no Congresso Nacional desde a década de 70, o fez de qualquer jeito, sem as devidas revisões e alterações. Como se a dedicação ao novo Código Civil tivesse começado a todo vapor e perdesse a força aos poucos, resultando na baixa qualidade legislativa ao final da obra. O legislador fracassou em momentos críticos e até mesmo em aspectos triviais como, por exemplo, o uso de expressões equivocadas (filhos, quando queria utilizar descendentes, por exemplo, como

¹¹⁴ Cfr. Francisco José Cahali, *in* Direito das Sucessões, p. 186.

acontece no inciso I do art. 1.790). O descontentamento com a atual legislação sucessória é praticamente geral. Gustavo Rene Nicolau desabafa, afirmando que

antes o Brasil tivesse ficado com a lição simples e clara de Clóvis Beviláqua. Talvez o único assunto mais importante e o único cuja ocorrência é uma absoluta certeza, a morte, foi regulamentado de uma maneira errônea, pouco sistematizada, injusta, confusa, desigual e pouco didática.¹¹⁵

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que

a lei, por vezes, é mal redigida, o que dificulta sua exegese. Além do mais [...], parte dos preceitos sobre a vocação hereditária está viciada por inconstitucionalidade, por desconsiderar o tratamento isonômico das famílias constitucionais, o que torna ainda mais complexa a matéria.¹¹⁶

Do modo como o atual direito sucessório brasileiro está posto, é de se ponderar qual será o relacionamento mais vantajoso economicamente para fins sucessórios. Vale a pena se sujeitar às burocracias que envolvem o registro do relacionamento? A depender da situação familiar, do regime de bens, da natureza dos bens etc., podemos ter caminhos diversos para a situação sucessória do cônjuge e para a situação sucessória do companheiro.

Apesar da legislação brasileira conter erros, lapsos, obscuridades e trechos dúbios, os profissionais devem trabalhar para que o direito atinja seu principal objetivo, amparados em estudos e pesquisas, dando ensejo à formação de jurisprudência e ajudando a comunidade jurídica a lutar pela constante melhoria da legislação, pois parece ser esta a solução para esclarecimento, melhor aplicação do direito e, conseqüentemente, maior segurança jurídica. Entretanto, sabemos que o direito se reinventa constantemente e nunca teremos uma solução clara, óbvia e sem discussões, e afirmamos isto tendo em vista especialmente o direito sucessório do cônjuge e do companheiro.

O mesmo deve ocorrer na legislação portuguesa, mas, claro, não da mesma forma, já que os problemas nem sempre são os mesmos. A grande questão que se coloca no direito sucessório português é a inclusão do convivente figurando como herdeiro no fenômeno sucessório.

Como vimos, o Estado é responsável pela proteção da família, e por isso deve seguir os moldes e mudanças que a instituição familiar sofre no decorrer do tempo, ajustando-se à realidade social. Assim, da mesma forma como aconteceu com a igualação dos filhos (afastando-se inclusive as antigas designações discriminatórias, tais como “legítimos”, “adotados”, “adulterinos”, “espúrios”), impossibilitando qualquer tratamento desigual, a

¹¹⁵ Cfr. Gustavo Rene Nicolau, *in* Sucessão legítima, desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa *in* Direito de Família e das Sucessões: temas atuais, p. 522.

¹¹⁶ Cfr. Fábio Ulhoa Coelho, *in* Curso de Direito Civil: Família, Sucessões, p. 273.

igualação do cônjuge/companheiro também deve seguir no mesmo caminho, pois, como ensina José António de França Pitão, “o vínculo conjugal se equipara em dignidade ao parentesco fundado no sangue”¹¹⁷. No mesmo sentido, assim como aconteceu, e continua acontecendo, quando a lei privilegia o cônjuge em relação aos descendentes, pois, como afirma Paulo Lobo, “entende-se que, na contemporaneidade, a família matrimonial tem nos cônjuges seus elementos mais estáveis, porque os filhos, em determinado momento de suas vidas, se desligarão da entidade familiar originária para formar outra”¹¹⁸.

Assim também como aconteceu com os próprios cônjuges, que eram tratados de forma patriarcalista e passaram a ter direitos iguais. Antigamente a legislação era feita pensando no homem como o chefe da família, e na mulher como a dona de casa. O homem como aquele que trabalha para sustentar a família e adquirir bens, e a mulher como aquela que vive para manter a casa e cuidar e educar os filhos. O homem como o *de cuius*/autor da herança, a mulher como a cônjuge sobrevivente, a viúva. E é sempre assim que se pensa quando se fala em sucessão; tem-se a ideia de que a expressão “cônjuge sobrevivente” é sempre uma mulher. É bem verdade que normalmente a expectativa de vida do homem é inferior à da mulher, mas nem por isso podemos tornar esta probabilidade como uma verdade absoluta. Independentemente do sexo ou da atividade que o cônjuge ou o companheiro/convivente tenha, a lei tem que ser feita pensando naquele que fica, nos laços construídos, na provável e mais comum vontade do *de cuius* em relação àquele que sobrevive e na manutenção da família.

Acreditamos, sim, que este é o caminho a seguir, no sentido de igualação do cônjuge e do companheiro. Estas figuras deverão ser vistas da mesma forma, desde que a intenção única de constituir família esteja presente. Não deverá se admitir um casamento-negócio, como também a união estável não pode ser vista com maus olhos apenas pela falta de formalidade. Como ensina Carlos Pamplona Corte-Real “o casamento não pode ser diverso e mais respeitável juridicamente, porque se está também aqui ante uma similar e acordada convivencialidade plena entre dois entes”¹¹⁹.

Equiparar o companheiro, norte que a legislação brasileira tende a seguir, não significa tratá-lo como cônjuge. Ou teremos igualdade de tratamento, e conseqüentemente de direitos, ou esta discussão nunca terá fim. Aliás, quando esta discussão findar, outras virão,

¹¹⁷ Cfr. José António de França Pitão, *in* A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português, p. 31.

¹¹⁸ Cfr. Paulo Lobo, *in* Direito Civil: sucessões, e-Book.

¹¹⁹ Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *in* Direito de Família: tópicos para uma reflexão crítica, p. 149.

pois assim é a vida e assim também é o Direito. E já apontando um novo quadro que desabrocha, a título exemplificativo, as famílias-mosaico estão surgindo cada vez mais e as implicações em todo o Direito Civil já são sentidas. Fatos novos que a sociedade contemporânea traz e para os quais o direito não pode fechar os olhos. Assim trabalhamos.

Os problemas foram colocados e discutidos. Nos posicionamos nos momentos críticos e tentamos esclarecer nossos argumentos para reforçar a intenção de mudança legislativa, tanto em um como em outro ordenamento jurídico. E assim deixamos nossa contribuição na tentativa de ver, em breve, outros passos na evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro/convivente no Brasil e em Portugal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord. científico). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Sucessões**. 5. ed. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2002.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**. vol. V. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Da imputação de liberalidades na sucessão legítimária**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1989.

_____. **Direito da Família e das Sucessões**. Volume II – Sucessões. Lisboa: Editora Lex, 1993.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. PEREIRA, José Silva. **Direito de Família: tópicos para uma reflexão crítica**. 2. Ed. Lisboa: AAFDL, 2011.

DIAS, Cristina M. Araújo. **Da inclusão constitucional da união de facto: nova relação familiar** in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. VI. Coimbra, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Ponto e vírgula**. Artigo disponível em: <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?115,25>.

DINIZ, Carine Silva. **A salvaguarda dos direitos dos cônjuges e dos companheiros na perspectiva civil-constitucional** in Manual de Direitos das Famílias e das Sucessões. Ana

Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. **Lições de Direito das Sucessões**. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Sucessório e Constituição: Controvérsias e Tendências** in Direito de família e das sucessões – temas atuais. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (coord.). São Paulo: Método, 2009.

_____. **Posição sucessória do companheiro (membro da união de facto/união estável) nos direitos brasileiro e português**, in Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Maria Berenice Dias, Jorge Duarte Pinheiro (coord.). Porto Alegre: Magister, 2008.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Sucessões**. Versão digital. São Paulo: Saraiva, 2013.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Sucessão legítima, desacertos do sistema e proposta de alteração legislativa** in Direito de família e das sucessões – temas atuais. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (coord.). São Paulo: Método, 2009.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Curso Completo de Direito das Sucessões: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – vol. VI – Direito das Sucessões**. 15. ed. São Paulo: Editora Forense, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. Lisboa: AAFDL, 2011.

PITÃO, José António de França. **A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil, vol. 6 – Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Método, 2012.

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Código Civil brasileiro de 1916.

Código Civil brasileiro, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941 – Dispõe sobre a organização e proteção da família.

Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 – Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 – Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal Brasileira.

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Constituição da República Portuguesa de 1976.

Código Civil português de 1867.

Código Civil português, Decreto-lei nº. 47.344, de 25 de novembro de 1966.

Decreto-lei nº 496/77, de 25 de novembro.

Lei nº 135, de 28 de agosto de 1999 – Adota medidas de proteção da união de facto.

Lei nº. 7/2001, de 11 de maio – Adota medidas de proteção da união de facto.

Lei nº 23/2010, de 30 de agosto – Primeira alteração à Lei nº 7/2001.

Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>.

ANEXO I – LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

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

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

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

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

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

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

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 29 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

ANEXO II – LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996

Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

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

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

Art. 6º (VETADO)

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

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 10 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Milton Seligman