



**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**Faculdade de Direito**  
**Mestrado em Ciências Jurídicas**  
**Especialidade Direito Civil**  
**Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real**

**A SITUAÇÃO JURÍDICO-SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE NO CASO DE CONCURSO  
COM HERDEIROS LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS: UM ESTUDO DE DIREITO  
LUSO-BRASILEIRO**

**Victor Macedo dos Santos**

LISBOA  
2015

**VICTOR MACEDO DOS SANTOS**

**A SITUAÇÃO JURÍDICO-SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE NO CASO DE CONCURSO  
COM HERDEIROS LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS: UM ESTUDO DE DIREITO  
LUSO-BRASILEIRO**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Lisboa como requisito para a  
obtenção do título de Mestre em Ciências  
Jurídicas, especialidade Direito Civil.

Orientador: Professor Doutor Carlos Pamplona  
Corte-Real

LISBOA  
2015

## AGRADECIMENTOS

Não por muito, nem por pouco, mas apenas pelo ser é que oferto a minha gratidão àqueles que, sem medir esforços ou ponderar compreensões, pacientemente souberam aguardar o “sim” da disponibilidade, para me abstrair dos encantos acadêmicos que estas páginas me proporcionaram.

Sem o receio de pecar pela ausência, agradeço, primeiramente a Deus, simplesmente pelo existir e por não me deixar sucumbir antes do alcance do fim;

A meus pais, Alberto e Nilza, eternos maestros da orquestra da minha vida;

A Natália, por resumir em amor todas as angústias e alegrias já vividas e aquelas que a eternidade nos reserva;

A Verônica, Juliana e Marcos José, verdadeiros sentido de vida e reduto de paz das inquietações que cotidianamente me acometem;

Aos meus tios e primos, por me mostrar que família não precisa de significado, pois supera toda a expectativa de conceptualidade;

A minha avó Suzana, que presenciou os primeiros passos, mas hoje me abraça de onde estiver, deixando apenas a certeza da saudade, fruto do amor que comigo compartilhava em vida;

Aos irmãos que o percurso da existência me concedeu, no acalento que esta fraternidade me proporciona: Bruno Dahia, Caio Garcia, Victor Peron, Daniel Macêdo, Fernanda Cajazeiras e Carolina Menezes;

Aos dois outros elos desta tríplice aliança, Raphael e Thiago, que souberam construir uma história de vida enquanto nos perdíamos em conceitos, institutos, divagações e interpretações;

A Ana Lima e Teresa Cordeiro, que com carinho de mãe souberam acalmar o coração deste “menino” e tornaram possível chegar ao fim;

Aos verdadeiros amigos, na acepção mais íntima que a semântica pode alcançar: Adisson Leal, Maria Alice, Carla Alonso, Lorena Andrade, Camilla Cavalcanti, Orlindo Francisco Borges e Nuno Malta Abreu.

Por fim, ao Prof. Dr. Carlos Adelino Campelo de Andrade Pamplona Corte-Real, pelas lições sucessórias e, muito mais, de vida, que transcendem a cientificidade acadêmica e eternizam na memória os momentos vividos.

Aos meus pais, Alberto e Nilza,  
sempre por eles.  
A Natália, sinônimo de amor em  
minha vida.  
A um certo Moçambicano, com  
quem tive a honra de aprender.

## RESUMO

Alvo de sucessivas transformações, não apenas no domínio do direito sucessório, mas tendo notória relevância neste âmbito, o cônjuge sobrevivente experimentou verdadeira metamorfose até alcançar o estágio jurídico-sucessório atual, tanto no sistema brasileiro, como no ordenamento português. Embora figurasse como herdeiro em codificações de outrora, a condição de legitimário/necessário é recente. Não apenas esta posição inafastável, pela garantia de parte da quota indisponível, atualmente o viúvo se tornou detentor de um título de “herdeiro privilegiado”, pois a ele foram conferidos benefícios não atribuídos aos demais sucessores, principalmente quando considerados em sua totalidade. Logo de início, no Brasil e em Portugal, o consorte supérstite encontra-se designado nas primeiras classes da ordem de vocação sucessória, concorrendo com descendentes e ascendentes, e ainda herdando a título universal na falta destes. Com isso, o cônjuge inaugura, ainda, o concurso entre herdeiros de qualidades diferentes, não visto nestes dois países até a entrada em vigor dos seus atuais Códigos Civis. Este foi somente o epicentro das alterações que são atualmente visualizadas no direito sucessório, mais precisamente quando se analisa a sucessão legitimária/necessária e, indo mais a fundo, a situação jurídico-sucessória do cônjuge no caso de concurso com herdeiros legitimários/necessários. Como reflexo da necessidade de “consertar” as incoerências que insistiam em permanecer incólumes nas codificações anteriores, o legislador fez sentir por todo o corpo codificado o novo formato do tratamento dado ao viúvo, o que fez surgir controvérsias incontáveis, mas algumas delas essenciais à estrutura do fenômeno sucessório. Assim, o conhecimento da novel conotação da sucessão legitimária perpassa, inevitavelmente, pelo aprofundamento das questões que envolvem a concorrência do cônjuge com os demais herdeiros deste tipo, revisitando conceitos e suscitando indagações que circundam esta temática central. Vocação e aquisição sucessória, regime patrimonial de bens, direito de acrescer, aceitação, renúncia/repúdio, colação, imputação, são apenas alguns dos elementos que constituem o esqueleto deste estudo, ainda recheado com diversos outros, que temperam o intrigante percurso pelos meandros do tema em causa. Pelas profundas semelhanças e, em determinados momentos, sensíveis distinções que os ordenamentos luso e brasileiro guardam entre si, foram eles utilizados para uma atividade microcomparativa, com a finalidade de conferir a melhor interpretação aos institutos ou problemáticas levantadas, importando de um deles solução já existente, ou buscando um novo caminho para diluir as celeumas que se instauram para ambos sistemas. Adiante-se, já neste momento pré-cognitivo, a peculiaridade do Código Civil Brasileiro em vigor, ao condicionar a participação sucessória a determinados regimes de bens, cujos efeitos e a base desta construção serão pormenorizadamente examinados, de modo a conceber a coerência desta normatividade ímpar. Ao final, utilizando do método exemplificativo, encontram-se alguns casos práticos (no curso e no fim deste trabalho) relativos às principais inquietações que fomentam a temática abordada. Por fim, diga-se que a complexidade aqui envolvida não demanda maiores dificuldades interpretativas, pois buscou-se, a todo momento, objetividade e clareza no específico tratamento empreendido.

**Palavras-chave:** Cônjuge sobrevivente; Concorrência sucessória; Vocação; Regime de bens; Imputação.

## ***ABSTRACT***

Object of successive transformations, not only in the field of inheritance law, but with remarkable relevance in this context, the surviving spouse experienced real metamorphosis to achieve the current legal and succession stage, both in the Brazilian system, as in the Portuguese planning. Although figured as heir in encodings of old, the condition *legitimário* is recent. Not only this unremovable position by the party assurance unavailable share, currently widower became holder of a title "privileged inheritor" because it benefits conferred not assigned to other successors, especially when considered in its entirety. Betimes, in Brazil and Portugal, the surviving partner is designated in the first classes of the inherited vocation order, competing with descending and ascending, and still inheriting the universal title in their absence. Thus, the spouse also starts the competition between different qualities of inheritors, not seen in these two countries until the entry into force of the current civil codes. This was only the epicenter of the changes that are currently displayed on inheritance law, specifically when looking at legal succession and, going further, the legal and succession situation of the spouse in the concurrence ase with legal inheritor. Reflecting the need to "fix" the inconsistencies that insisted on remaining unscathed in previous codes, the legislature was felt throughout the structure of the code the new format of the treatment of the widower, which has given rise to countless controversies, but some of them essential to the structure the succession phenomenon. Thus, knowledge of the novel connotation about legal succession permeates inevitably deepening of the issues surrounding competition of the spouse with the other inheritors of this type, revisiting concepts and raising questions that surround this central theme. Summons succession and estate acquisition, property regime, right to accrue, acceptance, resignation/rejection, collation, attribution, are just some of the elements that constitute the structure of this study, still stuffed with many others, that season the intriguing journey through the theme concerned. By profound similarities and, at certain times, sensitive distinctions that Portuguese and Brazilian jurisdictions have among themselves, they were used for a microcomparative activity, in order to give the best interpretation to the institutes or problems raised, introducing of one existing solution, or seeking a new way to dilute the stir that are established for both systems. In advance, as this pre -cognitive moment, the peculiarity of the actual Brazilian Civil Code, by making the succession participation to certain regimes of goods, the effects and the basis of this construction will be examined in detail, in order to design the consistency of this normativity odd. Finally, using the exemplary method, there are some case studies (on the course and at the end of this work) relating to major concerns that foment this theme. Finally, say that the complexity involved here do not demand a hard level of interpretive difficulties because we tried all the times to use objectivity and clarity in the specific treatment undertaken.

**Keywords:** Sourvive spouse; concurrence succession; patrimonial regime; summons succession; legal asuccession attribution.

“Procuro despir-me do que aprendi.  
Procuro esquecer-me do modo de lembrar que  
me ensinaram.  
E raspar a tinta com que me pintaram os  
sentidos  
É preciso esquecer a fim de lembrar.  
É preciso desaprender a fim de aprender de  
novo”.  
(Fernando Pessoa)

## I. ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artigo
ApCiv	Apelação Cível
CCB	Código Civil Brasileiro
C.Civ.	Código Civil
CCP	Código Civil Português
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CJF	Conselho da Justiça Federal
Des.	Desembargador
DL	Decreto-lei
EC	Emenda Constitucional
Edcl	Embargos de Declaração
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
Inc.	inciso
j.	julgado em
n.	Número
p.	publicado em (referindo-se a acórdãos)
PL	Projeto de Lei
pp.	Páginas
rel.	relator(a)
Resp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
ss.	Seguintes

TJDFT

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e  
Territórios

TJMG

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRS

Tribunal de Justiça do Estado do Rio  
Grande do Sul

## SUMÁRIO

### Parte I

#### ASPECTOS BASILARES PARA A ANÁLISE CRÍTICA DA SITUAÇÃO EM CAUSA

1. DELIMITAÇÃO DA PROBLEMÁTICA: O CONCURSO DE LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS NA VOCAÇÃO SUCESSÓRIO .....	13
2. RAZÕES PARA UMA PERSPECTIVA JUSCOMPARATIVA COMO PROPÓSITO DESTE ESTUDO .....	18
3. ASPECTOS MAIS RELEVANTES A CONSIDERAR COMO BASE DA PRESENTE EXPOSIÇÃO .....	25
4. VISÃO DIFERENCIADA DO FENÓMENO JURÍDICO-SUCCESSÓRIO: VOCAÇÃO E AQUISIÇÃO SUCESSÓRIA .....	31

### Parte II

#### A POSIÇÃO DISTINTA DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGITIMÁRIO/NECESSÁRIO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

5. A <i>METAMORFOSE</i> DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA: DA RESIDUAL PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE AO PRIVILÉGIO NA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA E OUTRAS GARANTIAS .....	44
5.1. O CÔNJUGE SOBREVIVO NO DIREITO PORTUGUÊS – DO CÓDIGO DE SEABRA AO ESTÁGIO ATUAL .....	45
a) A realidade normativa do Código Português de 1867 (Código de Seabra).....	45
b) O tímido avanço do Código Português de 1966 .....	49
c) A atual e efetiva proteção do cônjuge sobrevivido após o Decreto-lei nº 496/77 – o estado sucessório atual.....	52
5.2. O VIÚVO NO DIREITO BRASILEIRO – DO PRIMEIRO CÓDIGO CIVIL ÀS INOVAÇÕES NA PERSPECTIVA ATUAL .....	54
a) O Código Civil de 1916 e a residual participação sucessória do cônjuge sobrevivido .....	54
b) O cenário atual da situação jurídico-sucessória do cônjuge no direito brasileiro – o traço peculiar da exclusão sucessória pelo regime de bens .....	57

<b>6. A IDENTIFICAÇÃO DA POSIÇÃO DO CÔNJUGE NA HIERARQUIA SUCESSÓRIA.....</b>	<b>59</b>
<b>7. PARTICIPAÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE E A INFLUÊNCIA DO REGIME DE BENS: EXPLICITAÇÃO CENTRADA NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>64</b>
<b>8. QUESTÕES SUSCITÁVEIS EM RAZÃO DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE PELO REGIME DE BENS .....</b>	<b>75</b>
8.1. COMUNHÃO UNIVERSAL .....	76
8.2. A SEPARAÇÃO (OBRIGATÓRIA/CONVENCIONAL) DE BENS.....	81
8.3. COMUNHÃO PARCIAL E OS BENS PARTICULARES .....	95
8.4. (IM)POSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE REGIMES ATÍPICOS E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS .....	105
<b>9. O CÁLCULO DAS QUOTAS (IN)DISPONÍVEIS DOS SUCESSÍVEIS LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS .....</b>	<b>109</b>
9.1. (IN)VARIABILIDADE DO <i>QUANTUM</i> DA LEGÍTIMA E SUA FUNÇÃO.....	109
9.2. COMO REALIZAR O CÁLCULO DA LEGÍTIMA?.....	112
<b>10. A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES.....</b>	<b>117</b>
10.1. RESERVA DA QUOTA “LEGITIMÁRIA” MÍNIMA.....	117
10.2. “FILIAÇÃO HÍBRIDA”: A IRRESTRITA PROTEÇÃO DO SISTEMA PORTUGUÊS E A LACUNA(?) DA LEI BRASILEIRA.....	120
<b>11. A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE COM ASCENDENTES ..</b>	<b>128</b>
11.1. MULTIPARENTALIDADE DO AUTOR DA HERANÇA: PREJUÍZO POR ATOS DE TERCEIROS?.....	129

### Parte III

#### A RELEVÂNCIA DAS LIBERALIDADES EM VIDA E POR MORTE NO CÁLCULO DA QUOTA INDISPONÍVEL: DIFERENÇAS RELATIVAS À QUANTIFICAÇÃO E AO MOMENTO DA MESMA

<b>12. O CÔNJUGE COMO BENEFICIÁRIO DO INSTITUTO DA COLAÇÃO .....</b>	<b>134</b>
<b>12.1. A SUJEIÇÃO DO CÔNJUGE À COLAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO; E A SUJEIÇÃO À IMPUTAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS .....</b>	<b>136</b>

<b>12.2. O CÔNJUGE FACE A DISPENSA DE IMPUTAÇÃO OU DE COLAÇÃO: SOLUÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS .....</b>	<b>146</b>
<b>13. O REPÚDIO DA HERANÇA PELO CÔNJUGE DONATÁRIO .....</b>	<b>149</b>
<b>14. O CONCURSO DO CÔNJUGE COM HERDEIROS LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS E A OPERACIONALIDADE DO DIREITO DE ACRESCEER: ESPECIFICIDADES NOS ORDENAMENTOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO .....</b>	<b>154</b>
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>161</b>
<b>ANEXOS -CASOS PRÁTICOS: À LUZ DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO .....</b>	<b>174</b>
<b>Caso prático 1 – O direito de acrescer do cônjuge pela renúncia/repúdio ou impossibilidade de aceitar dos descendentes.....</b>	<b>175</b>
<b>Caso prático 2 – A (in)variabilidade da legítima objetiva .....</b>	<b>176</b>
<b>Caso prático 3 – Reserva da quota hereditária mínima do cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes (o problema da dita “filiação híbrida”).....</b>	<b>178</b>
<b>Caso prático 4 – A exclusão sucessória pelo regime de bens (o regime da comunhão parcial de bens).....</b>	<b>181</b>
<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA .....</b>	<b>184</b>

## Parte I

### ASPECTOS BASILARES PARA A ANÁLISE CRÍTICA DA SITUAÇÃO EM CAUSA

#### 1. DELIMITAÇÃO DA PROBLEMÁTICA: O CONCURSO DE LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS NA VOCAÇÃO SUCESSÓRIA

É fato que a participação sucessória do cônjuge sobrevivente não mais subsiste com a parca relevância observada nas codificações brasileira e portuguesa anteriores. A insuscetibilidade de ser afastado o critério biológico – arraigado no pensamento arcaico dos textos normativos que insistiram em permanecer em vigor até o século passado – sucumbiu à necessidade de redesenhar o formato jurídico-sucessório outrora experimentado. Por consequência, o cônjuge foi alçado a posição de destaque na vocação hereditária, eligindo às duas primeiras classes como herdeiro concorrente (coexistindo respectivamente com descendentes e ascendentes), e ainda como herdeiro universal na terceira classe.

O ineditismo decorrente destas alterações normativas não provém apenas da sobreposição do cônjuge aos colaterais na ordem de vocação hereditária. Em verdade, foi fundamental e providencial ir além.

Não nasce apenas desta modificação, mas advém da atividade criativa do legislador, o surgimento da figura do herdeiro concorrente (de títulos de vocação distintos), uma vez que o(a) viúvo(a) adota as vestes desta novel classificação, juntamente com descendentes e ascendentes, quando sobrevive ao *de cujus* em qualquer uma destas classes.

Ao se despir da exclusiva roupagem de herdeiro universal, o cônjuge sobrevivente cumula uma dupla identidade, sendo atualmente sucessor concorrente ou universal. Resta saber, no entanto, qual a sua identificação em face da vocação/chamamento na cadeia sucessória: seria o cônjuge herdeiro de primeira, segunda ou terceira classe?

O olhar minimamente detido à nova posição sucessória do cônjuge seria suficiente para conformar uma conclusão evidente: substituiu-se a exclusividade do critério de consaguinidade, baseado na preservação patrimonial intrafamiliar do Direito Sucessório, optando-se pela cumulação deste aspecto com as relações de conjugalidade (e, posteriormente, alargando-as para os laços convivenciais, ao menos no ordenamento sucessório brasileiro). Nada obstante a indiscutibilidade desta afirmação, o metamórfico prosseguir da epiderme sucessória reservou ao consorte outros benefícios, conferindo-lhe, *v.g.*, a reserva da quota hereditária mínima (correspondente minimamente à quarta parte da quota legitimária, tanto no Brasil como em Portugal).

Contudo, impende consignar que esta “garantia matrimonial-sucessória mínima”, ao ser fixada na sucessão concorrente com descendentes, levanta a dúvida acerca da sua incidência generalizada, principalmente quando confrontado nos casos de *filiação híbrida*<sup>1</sup> (expressão utilizada no direito brasileiro para tratar da concorrência do(a) viúvo(a) com filhos comuns e exclusivos do autor da herança). Esta, todavia, não foi a orientação estabelecida pelo sistema jurídico português. Vê-se, pois, que surge mais uma controvérsia entre os dois sistemas jurídicos, a serem contrapostos para analisar qual a solução que melhor se adequa à esta problemática específica.

A este respeito, o ordenamento lusitano consagra, pela interpretação lógico-sistemática do seu texto normativo, a irrestrita aplicação da reserva da quota hereditária independente da origem da filiação, demonstrando evidente contraposição ao ordenamento brasileiro, que, como dito, apresenta distinções quanto à ascendência dos sucessores. Levantam-se, diante disso, outros questionamentos: Entre estas duas orientações, existe caminho mais adequado a ser seguido? Nos casos de filiação mista/híbrida (filhos exclusivos do autor da herança e comuns com o cônjuge), qual a conduta a ser adotada?

Pela destacada análise destes pontos, já é possível identificar convergências e divergências dos ordenamentos em questão, suficientes a justificar um estudo juscomparativista de Direito luso-brasileiro. Não se encerra aqui, entretanto, a delimitação da problemática em questão, porquanto urge prosseguir ao exame crítico dos aspectos relevantes que coexistem na *situação jurídico-sucessória do cônjuge no caso de concurso com herdeiros legitimários/necessários* nestes dois países, com o escopo de enunciar as razões que justificam o propósito do epicentro deste estudo.

Por mais que à primeira vista nos antecipemos a reconhecer a necessidade de caminhar pelo direito comparado, enganosamente podemos entender como relevante, apenas, a superficial coincidência extraída da construção do texto das normas de direito sucessório consagradas nos supramencionados Diplomas civis. Saliente-se: somente esta análise perfunctória não é suficiente.

É fundamental ir mais a fundo para evitar o risco da imediata aplicação das soluções provenientes de ponderações rasas, decorrentes da ansiedade negligente de quem se satisfaz com a aparente semelhança da construção gramatical do texto lei, olvidando-se do imprescindível labor hermenêutico para a compreensão do fenômeno jurídico estudado.

---

<sup>1</sup> Esta expressão constou originariamente em estudo realizado pela Prof. Dra. Giselda Maria Fernandes Hironaka (2003, pp. 235-236), sendo a ela atribuída a autoria deste termo.

De outro modo, o verdadeiro substrato da metodologia ora empreendida aponta, indiscutivelmente, para a aplicação dos vetores norteadores das respostas aqui perseguidas, que permitem uma aprofundada e global dialética entre os institutos e controvérsias que advém deste juscomparativismo: i) importar soluções de um dos sistemas jurídico-sucessórios e aplicá-lo ao outro, por considerá-lo mais adequado, moldando-as através de adaptações interpretativas (quando necessário), com respeito aos limites estabelecidos pela objetividade normativa (obediência à norma escrita); ii) construção de uma solução inédita, em virtude das inadequações dos dois ordenamentos para responder a determinada situação jurídica, quando analisados diante da *ratio* legislativa, da sistematicidade das regras e dos princípios que orientam o fenômeno sucessório.

Cumprido, por isso, reconhecer como ponto de partida a evidente necessidade da perspectiva juscomparativa desta temática. Sob esta visão, prossigamos no intuito de encontrar soluções idênticas/semelhantes para controvérsias comuns; ou apenas respostas unitárias para interpretação e compreensão das normas de determinado sistemas em seu correlato; ou, ainda, impulsionar o incremento de novos raciocínios para problemas estanques há séculos.

Destaque-se, pois, que não remanesceremos circunscritos à mera descrição dos fenômenos jurídico-sucessórios em voga, laborando de outro modo, através da comunicação dialógica entre os aludidos ordenamentos. Ter-se-á em mente a imperativa finalidade de intimização com ambos sistemas sucessórios e consequente aproximação ou virtual afastamento (unitário ou dual) para a efetiva compreensão das situações em causa.

Dentre as premissas fundamentais à formação do *iter* que ora se descortina, constatando a essencial distinção/aproximação aprofundada que se persegue, cabe destacar o imprescindível exame dos regimes de bens do Direito brasileiro e seus efeitos sobre a participação sucessória do cônjuge sobrevivente.

Na sistemática sucessória brasileira o legislador ousou perseguir um virtual equilíbrio patrimonial para as relações de conjugalidade, minimizando as distinções decorrentes do regime de bens eleito em vida pelo casal, numa operação que denominaremos “compensação autolimitativa das posições jurídicas. Para tanto, exclui da vocação hereditária em primeira classe (apenas na concorrência com os descendentes) o consorte beneficiado com a meação, atendo-se à identidade de herdeiro apenas com relação aos bens particulares, quando existentes.

Simultaneamente, por *ratio* diversa ainda afasta o viúvo do chamamento sucessório, quando casado pelo regime da separação obrigatória de bens, desta vez pela necessidade de preservação da “proteção/sanção” consubstanciada em seu próprio corpo normativo, de forma a manter o alicerce da sua sistematicidade.

Por isso, deve-se analisar detalhadamente a intrínseca vinculação à exclusão ou inclusão do(a) viúvo(a) como herdeiro do *de cuius*<sup>2</sup>, permitindo compreender as nuances que conformam a sua estrutura, bem como todos os pontos que circundam esta temática, nomeadamente aquelas relativas a cada um dos regimes de bens citados na regra brasileira do art. 1.829, I, do CCB (comunhão universal, separação de bens e a comunhão parcial).

Considerando, de outro modo, que o regime matrimonial de bens não é condição necessária da vocação hereditária do cônjuge para o direito lusitano, sobressai evidente que nos postamos, neste ponto, diante de mais um dos elementos nevrálgicos deste estudo: a participação sucessória do cônjuge e a influência do regime de bens.

Pela necessidade de aclaração da *ratio* e das consequências desta distinção entre os sistemas sucessórios, bem como das questões que os permeiam, não há como se desvencilhar da procura pela influência do regime de bens na sucessão do cônjuge. Em suma, a vocação sucessória do consorte sobrevivente no direito brasileiro encontra-se condicionada ao regime de bens que regulava o casamento com o *de cuius*.

Dessa maneira, a vocação hereditária do(a) viúvo(a) preexiste ao próprio concurso com herdeiros legitimários/necessários, tornando –a questão prévia àquelas que seguirão nesta dialética interpretativa que ora se discorre<sup>3</sup>. Sendo assim, as controvérsias instauradas pela concorrência sucessória requisitam, *a priori*, o enquadramento do(a) viúvo(a) como herdeiro legitimário.

Entretanto, apesar da sua relevância, não se restringem a estes pontos as distinções e similitudes que conduzem ao estudo juscomparativo convergente destes dois sistemas sucessórios. Outras questões pontuais balizam a necessidade de análise conjuntiva nesta matéria, com o escopo de conceber a essência de todos os meandros do curso desta contínua e intrigante exposição que ora se inicia.

---

<sup>2</sup> De forma objetiva, trata-se da dicção do art. 1.829, I, do Código Civil Brasileiro, alvo de perenes discussões acerca da sua coerência, pois inaugura uma sistemática de *compensação patrimonial* inédita naquele ordenamento jurídico, cuja aclaração e destaque sobre suas nuances serão trazidas no curso deste estudo. Expressamente, dispõe o referido dispositivo: “**Art. 1.829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; [...]”.

<sup>3</sup> Refere-se aqui à preexistência da vocação hereditária do cônjuge sobrevivente em relação ao seu concurso com descendentes, porque a eleição do regime de bens quando do casamento irá determinar a participação sucessória do cônjuge ou a sua presença exclusivamente como meeiro. Por esta razão, antes de suscitar as controvérsias decorrentes da concorrência sucessória em primeira linha, devemos caminhar pelas nuances da própria designação sucessória do consorte. Em razão disso, optamos por designá-la como questão prévia à concorrência sucessória com os sucessores de primeiro grau.

Neste íterim, cientes da existência de outras questões que tangenciam o epicentro destas inquietações jurídicas, traduz-se imprescindível à dissipação da névoa que recobre a sua compreensão.

Além dos problemas já revelados, outros serão suscitados, elencando, prioritariamente, os seguintes: o formato do fenômeno jurídico-sucessório adotado por cada um dos sistemas examinados; a admissão ou não de regimes de bens atípicos nos sistemas em apreço; a natureza dos efeitos decorrentes do estatuto patrimonial do casamento e a definição de seus reflexos como meramente *inter vivos* ou *mortis causa*; as nuances da sucessão do cônjuge em suas diversas posições no chamamento/vocação hereditária (identificação na hierarquia sucessória, concorrência com ascendentes e descendentes); as diferenças relativas à quantificação e ao cálculo da quota indisponível, ante a existência de liberalidades em vida e por morte feitas pelo falecido; a sujeição do cônjuge à colação ou à imputação de liberalidades; o repúdio da herança pelo cônjuge donatário; os problemas específicos do direito de acrescer no concurso do viúvo com herdeiros legitimários; entre outros problemas.

Ocorre que, a construção do raciocínio ora desenvolvido demanda a tarefa árdua, subjacente numa abordagem ampla acerca de todas as questões que permeiam a situação jurídico-sucessória do consorte sobrevivente quando em concurso com sucessores necessários, amparadas, principalmente, em três pilares, consagrados como a estrutura substancial do esqueleto deste estudo: a) Aspectos basilares para a análise crítica da situação em causa; b) A posição distinta do cônjuge como herdeiro legitimário/necessário nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro; c) a relevância das liberalidades em vida e por morte no cálculo da quota indisponível: diferenças relativas à quantificação e ao momento da mesma.

Sob este olhar crítico será pautado todo o trajeto que se destina a revelar as obscuridades que encobrem a lucidez da *situação jurídico-sucessória do cônjuge no caso de concurso com herdeiros legitimários/necessários*<sup>4</sup>. E, guiados pela beleza do desconhecimento, inerente à condição humana, a possibilitar a eterna perseguição da sabedoria, construiremos, dialeticamente até a última página, o raciocínio aqui desenvolvido, sem nos render, contudo, à pretensão negligente de esgotar a matéria nestas linhas. Que nos deixemos conduzir pelos meandros das angústias interpretativas a serem enfrentadas, nos propondo, antes de tudo, refletir...

---

<sup>4</sup> Utilizaremos esta dupla nomenclatura porque o direito português denomina como legitimários os herdeiros que têm direito à quota indisponível (inafastável pela vontade do *de cuius*) – art. 2157º do CCP –, enquanto no direito brasileiro (art. 1.845 do CCB) é usualmente empregada a denominação “necessários”, sendo, porém, aceita a classificação como legitimários destes sucessores.

## 2. RAZÕES PARA UMA PERSPECTIVA JUSCOMPARATIVA COMO PROPÓSITO DESTE ESTUDO

Prescindir de um espaço para a versar sobre as razões relativas ao estudo juscomparativista da temática abordada no presente estudo seria (com a licença da redundância) totalmente desarrazoado. A forma de utilização deste mecanismo deve ser esclarecida e delimitada, a fim de evitar sua irrestrita aplicação e agir no intuito exclusivo de elaborar uma atividade meramente descritiva, cujo contributo por este viés metodológico não justificaria o seu uso. Adentrar nos meandros do direito comparado não se reduz à uma conduta meramente contemplativa, deve servir, ao revés, à efetiva compreensão das problemáticas já suscitadas<sup>5</sup>.

Obedecendo ao rigor metodológico exigido pela incidência do direito comparado na abordagem do tema em causa, torna-se fundamental proceder à identificação do tipo de comparação, do método, do objeto e das funções visualizadas e/ou projetadas na construção jurídica a ser desenvolvida.

A distinção inicial encontra-se subsumida ao reconhecimento do tipo comparativo empregado neste estudo: macro ou microcomparativo.

De modo sintetizado, conceituemos esta classificação, a partir das definições encampadas por Ferreira de Almeida (2014, pp.12-13): *Macrocomparação* corresponde à “comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade”; enquanto a *Microcomparação* consistiria na “comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes”.

Por mais objetivos e esclarecedores que sejam estes conceitos, a mera descrição implementa uma carência elucidativa intrinsecamente vinculada ao próprio conhecimento da sua essência. É preciso ir além, explicando-os e conceituando-os.

Para compreender o que se intitula como estudo macrocomparativo é essencial destacar do seu elemento conceitual a expressão “sistemas jurídicos”, de modo a definir os limites da abrangência deste tipo de comparação<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sobre a definição de Direito Comparado, pontua Moura Vicente (2014, pp.18-19), a fim de possibilitar a compreensão da sua existência e relevância: “Chama-se Direito Comparado o ramo da Ciência Jurídica que tem por objeto o Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas. Melhor se diria, pois, a sim de designá-lo, *comparação de Direitos*. [...] Na verdade, não se trata de um ramo da ordem jurídica, mas antes de uma *disciplina científica*: um conjunto de conhecimentos relativos a certo objeto, obtidos segundo determinado método ou métodos. Esse objeto é, no caso vertente, o próprio Direito na sua variedade de manifestações; e o método utilizado no estudo dele o que se baseia no confronto sistemático das suas diferentes expressões quanto a certo ou certos problemas concretos e na indagação dos fatores causais das semelhanças e diferenças assim detetadas.”

<sup>6</sup> Ferreira de Almeida e Morais Carvalho (2014, p. 13) elencam quais são as tarefas da macrocomparação: “1ª – a comparação entre ordens jurídicas (= sistemas jurídicos); 2ª – a classificação ou o agrupamento dos sistemas jurídicos em famílias (ou círculos) de direitos; 3ª – a comparação entre famílias de direitos (tarefa para a qual se

A rigor, os *sistemas jurídicos* compõem-se por alguns elementos, sendo eles: normas e instituições jurídicas; espaço; determinada comunidade (elemento facultativo). Assim, o conjunto das normas e instituições jurídicas que estejam em vigor em um espaço delimitado, podendo ser relativo a uma dada comunidade, caracteriza-se como sistema jurídico<sup>7</sup>.

De modo mais restrito, justificando a nomenclatura utilizada para sua designação, o estudo microcomparativo se limita à efetiva busca por soluções de problemas jurídicos particulares em poucos tipos de ordenamentos jurídicos, a exemplo da perspectiva luso-brasileira acerca da *situação jurídico-sucessória do cônjuge no caso de concurso de herdeiros legitimários/necessários*.

Neste particular, conceber o conceito de “instituto jurídico” é crucial, de forma que possamos distingui-lo da macrocomparação. Sucintamente, designa-se este fator distintivo, segundo Ferreira de Almeida (2014, p. 13), como “um conjunto de normas, princípios, instituições e organizações de natureza jurídica que, numa dada ordem jurídica, possam ser tomados unitariamente sob certa perspectiva ou critério.”<sup>8</sup>.

Consequentemente, através da explanação supra, concebe-se a designação do objeto do estudo vertente, principalmente por defini-lo sob uma realidade microcomparativa, certeza que nos conduz a prosseguir ao diálogo entre determinados institutos jurídicos em ordens jurídicas distintas.

De tal modo, tem-se como objeto neste estudo, inequivocamente, um dado instituto jurídico, que na temática em voga condiz com a específica situação do cônjuge na

---

sugere o termo “megacomparação”). Em sentido lato, a macrocomparação abrange portanto quer a comparação entre ordens jurídicas quer a comparação entre famílias de direitos.”

<sup>7</sup> Cfr. Ferreira de Almeida e Morais Carvalho (2014, pp.12-13). Cabe destacar, ainda, a observação feita pelos Autores (2014,p.13) com relação ao critério distintivo dos sistemas jurídicos: “[...] O critério que na atualidade confere unidade a cada um dos sistemas jurídicos e permite distingui-los é geralmente o da organização política estadual (Estado unitário, Estado federal ou Estado federado), mas pode ainda derivar da subsistência de autonomia jurídica no interior de um mesmo Estado (por exemplo, os direitos inglês e escocês no âmbito do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte) ou de direitos de comunidades tradicionais no âmbito de Estados soberanos (por exemplo, direitos locais de base consuetudinária em países africanos). Pode ainda ser considerado o conjunto de normas emanadas de uma instituição supraestadual, como é a União Europeia.” Moura Vicente (2014, p. 19), resumidamente, acrescenta que a macrocomparação “compreende ainda a operação que consiste em agrupar esses sistemas jurídicos em *famílias, tradições* ou *culturas jurídicas*, em ordem a compreendê-los melhor, assim como a comparação dessas famílias, tradições e culturas entre si.”

<sup>8</sup> Ferreira de Almeida e Morais Carvalho (2014, p. 13) elencam os elementos que conferem unidade a determinado instituto jurídico, para enquadrá-lo como componente da microcomparação a ser realizada: “[...] – a referência a uma questão social subjacente (por exemplo, a filiação, os danos causados por produtos defeituosos, a exploração florestal, o narcotráfico); – a afinidade das questões jurídicas e respetivas soluções (por exemplo, a responsabilidade civil delitual, a invalidade dos atos jurídicos, a formação dos contratos, comparticipação criminosa); ou – a unidade conceitual ou de construção doutrinária (por exemplo, o negócio jurídico unilateral, os títulos de crédito, o ato administrativo, a constituição económica).”

concorrência sucessória com os herdeiros legitimários, tendo sua abordagem centrada nos ordenamentos jurídicos Brasileiro e Português.

Outrossim, por mais que a controvérsia precípua deste estudo não esteja centrada no Direito Comprado, a descrição da metodologia empreendida para a análise das questões aqui suscitadas compõem o próprio processo de compreensão da perspectiva dual implementada.

Diante disso, quanto ao método aplicado não há dúvidas de que se faz uso da comparabilidade, estabelecendo-a nomeadamente em função do tempo, da natureza e do conteúdo dos termos eleitos para a atividade comparativa<sup>9</sup>. Observe-se, neste ponto, que a microcomparação guarda uma ideia de funcionalidade, definindo-se, como dito por Ferreira de Almeida (2014, p.27), como um critério “concreto, funcional e social”<sup>10</sup>.

Em se tratando de uma microcomparação das soluções jurídicas para as questões relativas à sucessão do cônjuge sobrevivente quando em concurso com herdeiros legitimários, será uma atividade fundada na comparabilidade normativa, tendo em vista a funcionalidade dos preceitos analisados para a resolução das controvérsias enunciadas. Vemos, portanto, que o método empregado é essencialmente normativo-funcional.

Intrinsecamente vinculado ao método comparativo reside o objeto da comparação. Quanto a este, a temática ora em estudo nos permite tranquilamente indicá-lo, de imediato, sendo este a observação das peculiaridades da concorrência sucessória do cônjuge com os herdeiros legitimários do *de cuius*, promovendo a sua análise numa pluralidade de ordens jurídicas (nomeadamente, os ordenamentos brasileiro e lusitano).

A respeito das funções exercidas pela perspectiva juscomparativa, seguiremos a orientação de Moura Vicente (2014, pp. 20-30), elencando as seguintes: funções epistemológicas e funções heurísticas.

As funções epistemológicas consistem no conhecimento dos sistemas jurídicos da atualidade, bem como das resoluções que aplicam a questões relacionadas à convivência humana, a fim de compreender os seus elementos e a sua distinção dos demais ordenamentos nacionais<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. Ferreira de Almeida e Morais Carvalho (2014, p. 20).

<sup>10</sup> Ressaltam Ferreira de Almeida e Morais Carvalho (2014, p. 27): “[...] A ideia fundamental consiste em apurar a existência de funções ou ‘subfunções’ sociais comuns em diferentes sistemas jurídicos, a partir de ‘segmentos da vida’ ou ‘pequenas unidades de discussão’, tal como resultam de questionários elaborados com base em ‘situações de facto’”. Apesar desta funcionalidade, deve-se evitar o equívoco de promover a comparação pela semelhança semântica, tendo ciência de que a perspectiva sociológica é insuficiente para a solucionar necessidades jurídicas, sendo certo que (Ferreira de Almeida e Morais Carvalho, 2014, p. 27) “comparáveis serão apenas os institutos que, desempenhando funções equivalentes, intervenham na resolução de questões jurídicas através de instrumentos jurídicos de natureza semelhante.”

<sup>11</sup> Cfr. Moura Vicente (2014, p. 20).

De modo complementar, as funções heurísticas, como a sua denominação já revela, concernem na “descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência social”<sup>12</sup> e, deste modo, da convivência jurídico-familiar e sucessória. Neste caso, retira-se da própria semântica do vocábulo a compreensão desta finalidade, pois se destina a viabilizar soluções não encontradas à luz da hermenêutica do sistema nacional empregado, alcançando modos distintos ou mesmo inéditos de resolução das questões suscitadas.

Não bastasse esta subdivisão, há ainda as finalidades a que se destina o estudo juscomparativo, denominadas também de funções, cujo rol é mais extenso mas cumpre enunciar-las, para em seguida nos atermos à sua essência. Dentre todas estas funções destacam-se: contribuição para a reforma legislativa; coordenação dos sistemas jurídicos nacionais; precisão das normas e institutos jurídicos nacionais; aplicação da norma mais favorável aos hipossuficientes de uma dada relação; permitir a revelação de princípios comuns aos sistemas jurídicos nacionais e possibilitar a sua harmonização/unificação; agir como base para a construção jurisprudencial (e doutrinal) do direito nacional<sup>13</sup>.

Por crer na ampla extensão deste rol, autorizando somente a sua composição exemplificativa, optamos por destacar as funções/finalidades mais relevantes, nomeadamente aquelas que objetivamente tem pertinência para a abordagem no presente estudo.

Não se quer dizer, entretanto, que existe uma hierarquia das funções do estudo juscomparativo. De fato, não é possível valorar o papel de todas estas funcionalidades, uma vez que são dotadas do mesmo grau de importância para o desenvolvimento aprofundado de dada questão, particularmente quando analisada sob a ótica juscomparativista.

Ademais, não consistindo metodologicamente em tipos de comparação, método, objeto ou funções da atividade comparativa, sendo mais técnico denomina-las como “cautelais fundamentais da pesquisa juscomparatista”, conforme dito por Pamplona Corte-real (1989, p.

---

<sup>12</sup> Definição elaborada por Moura Vicente (2014, p. 21). Ferreira de Almeida e Morais Carvalho (2014, p. 17) desmembra as funções heurísticas em outras três, concernentes na “interpretação de normas jurídicas, *máxime* quando tenham sido inspiradas em estudos comparativos; aplicação de regras de direito, com destaque para as de direito internacional privado e para aquelas cuja aplicação dependa de reciprocidade ou que deem prevalência ao direito mais favorável; integração de lacunas quando a liberdade do julgador possa apoiar-se em tendências verificadas noutros direitos (cfr. Artigo 1º, nº 2, do Código Civil suíço e artigo 10º, nº 3, do Código Civil português); instrumento de política legislativa (cfr. Estudos de Vaz Serra para o anteprojeto ‘Das obrigações em geral’ do Código Civil português vigente) [...]”.

<sup>13</sup> Estas funções foram apresentadas e discriminadas por Moura Vicente (2014, pp. 21-28), enunciando apenas aquelas de maior relevo, não pretendendo, por isso, esgotar todas as funções/finalidades às quais o Direito Comparado possa servir.

236), é extremamente relevante se precaver através dos preceitos de “intimização”, “sensibilidade” e “adequação” dos institutos jurídicos porventura importados<sup>14</sup>.

Em poucas linhas, constituem estas precauções na necessidade de conhecimento aprofundado dos ordenamentos postos em comparação, a ponto de prever e projetar os riscos decorrentes da sua transposição, reconhecendo, por oportuno, as adequações que precisam ser realizadas, para evitar a inviabilidade de soluções apressadamente implementadas, em virtude de uma ponderação perfunctória dos preceitos em causa.

Ultrapassando, pois, a identificação dos pressupostos da microcomparação por uma perspectiva dual da problemática em questão (reconhecendo o tipo de comparação, método, objeto, funções e cautelas fundamentais da atividade comparativa), urge ingressar na seara das razões que fundamentam o presente estudo juscomparativo.

Por este viés específico, circunscrevendo-se à perspectiva microcomparativa dos Direitos luso e brasileiro, levanta-se um questionamento cerne como guia da plêiade de razões para a abordagem dual da situação em causa: Qual o sentido para vislumbrar na perspectiva juscomparativa respostas (comuns, distintas ou originais) às diversas controvérsias a respeito da situação jurídico-sucessória do cônjuge quando em concurso com herdeiros legítimos?

A resposta à esta inquietude intelectual, proveniente da incompreensão do leitor à perspectiva dual em voga, se compõe – numa visão estrutural/formal deste propósito – de dois vetores, como conseqüências daqueles gerais decorrentes do Direito Comparado, enunciados anteriormente: i) importar soluções de um dos sistemas jurídico-sucessórios e aplicá-lo ao outro, por considerá-lo mais adequado, moldando-as através de adaptações interpretativas (quando necessário), com respeito aos limites estabelecidos pela objetividade normativa (obediência à norma escrita); ii) construção de uma solução inédita, em virtude das inadequações dos dois ordenamentos para responder a determinada situação jurídica, quando analisados diante da *ratio* legislativa, da sistematicidade das regras e dos princípios que orientam o fenômeno sucessório.

Expliquemo-nos.

---

<sup>14</sup> Pontua Pamplona Corte-Real (1989, p.236): “[...] *cautelais fundamentais que qualquer pesquisa jus-comparatista pressupõe*. Desde logo, a <<intimização>> com os parâmetros do ordenamento que se estuda, o seu conhecimento e vivência global, do ponto de vista técnico-jurídico. Depois, a <<sensibilidade>> ao risco de transposições ou *apports* apressados, eventualmente desgarrados ou sectoriais e decorrentes de um ponderação pouco <<funda>>, porém seduzida pela convicção da adequação de algumas soluções encontradas!... Por fim, a difícil presciência do que de mais substancial, a nível axiológico-jurídico, informa o nosso próprio ordenamento, que é fruto de uma *secular sedimentação* de tradições princípios (já se lhe chamou *Volksgeist*), que não podem sectorialmente ser postos em causa, abrupta e emotivamente, sem uma tarefa de ajuste ou de reconhecimento de uma inequívoca viabilidade do que quer que juridicamente pareça importável.”

Torna-se fundamental pormenorizar cada um destes vetores, haja vista que não se reservam à incidência isolada, nomeadamente nas situações analisadas a partir do tópico 4 desta Parte introdutória, conformando, a toda evidência, o caráter global de aplicação da metodologia juscomparativa neste trabalho. Admite-se, portanto, a diversidade de soluções às hipóteses versadas, ao permitir a presença concomitante destes vetores numa dada situação jurídico-sucessória.

i) **Importação de soluções jurídicas** – *importar soluções de um dos sistemas jurídico-sucessórios e aplicá-lo ao outro, por considerá-las mais adequadas, moldando-as através de adaptações interpretativas (quando necessário), com respeito aos limites estabelecidos pela objetividade normativa (obediência à norma escrita);*

A *ratio* da opção pelo caminho da visão luso-brasileira permite o alargamento das possibilidades existentes em ambos os ordenamentos jurídicos, cuja semelhança, inclusive da sua origem normativa e dos institutos jurídicos confrontados, autorizam a aplicabilidade de soluções previamente implementadas em um dos sistemas às controvérsias não respondidas pela interpretação jurídica em determinado caso concreto.

Por esta operação, encontrando-se resposta mais adequada a dada situação jurídico-sucessória de concorrência do viúvo com os sucessores legítimos, verificar-se-á, a princípio, a sua compatibilidade com o sistema vertente, perquirindo-se, de logo, a necessidade de modulação da resolução apresentada. Se for preciso promover as ditas “adaptações interpretativas”, há, ainda, que ser obedecida a limitação das normas pertinentes à matéria, pois ela estabelece a área de abrangência da interpretação do conteúdo jurídico, que não pode ser dissonante da unicidade do ordenamento *sub examine*.

ii) **Atividade criativa de solução diversa dos ordenamentos jurídicos em questão (política legislativa)** – *construção de uma solução inédita, em virtude das inadequações dos dois ordenamentos para responder a dada situação jurídica, quando analisados diante da ratio legislativa, da sistematicidade das regras e dos princípios que orientam o fenómeno sucessório*<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Para Moura Vicente (2014, p. 45), quando trata desta atividade, “pode ainda proceder-se a uma avaliação crítica das soluções encontradas, *máxime* em ordem a determinar qual a preferível (*hoc sensu*, a *better law*); o que tem

Dotado de um campo mais amplo, por legitimar a atividade criativa do intérprete quando prostrado diante de conjunturas com soluções inadequadas pelos ordenamentos comparados, este critério implica uma “liberdade restrita” do labor hermenêutico. Liberdade porque aprova a construção de uma solução inédita; e restrita por estar condicionada/vinculada à sistematicidade das regras e dos princípios que orientam o fenômeno sucessório.

Tecnicamente, pode ser vislumbrada como uma conduta de política legislativa, tendo em vista que elabora alternativa diversa daquela alcançada pela objetividade da norma, contribuindo para a elasticidade da previsão normativa, ao passo que denota a insuficiência (total ou parcial) da interpretação do texto positivado.

Assim, adentra-se na essência da construção normativa para alargar o seu alcance, com o escopo de preservar a sua característica de abstração, fundada na aplicação generalizada dos seus termos à totalidade ou significativa maioria dos casos concretos apreciados. Seria, em verdade, uma forma de modificação legislativa por vias oblíquas.

Dito isto, cabe reconhecer a necessidade de promover um estudo juscomparativo do problema em causa, diante do leque de alternativas e a oportunidade de diálogo normativo-interpretativo que esta perspectiva dual do problema traz consigo. No caso dos ordenamentos jurídicos vertentes, esta atividade decorre, particularmente, das semelhanças entre os sistemas confrontados (influência franco-romano-germânica, tratamento das questões sucessórias, igualdade semântica dos institutos comparados e etc.), sobretudo pela forte influência exercida pelo Código Civil lusitano na elaboração do Diploma brasileiro.

---

óbvia relevância, por exemplo, quando a comparação empreendida se destine a servir de base a trabalhos de reforma legislativa.”.

### 3. ASPECTOS MAIS RELEVANTES A CONSIDERAR COMO BASE DA PRESENTE EXPOSIÇÃO

Considerando a abrangência do estudo em causa, que perpassa pelo surgimento da figura da concorrência sucessória na perspectiva luso-brasileira, com a inclusão do cônjuge sobrevivente em concurso com os demais herdeiros legitimários (descendentes e ascendentes), estendendo-se até as minúcias deste fenômeno jurídico, alguns aspectos merecem maior relevância por embasarem a efetiva compreensão da temática abordada e suas controvérsias.

Por esta razão, e no intuito de planejar o raciocínio aqui desenvolvido, destacamos como seus elementos estruturantes da vocação hereditária; os regimes de bens e a sua associação ao fenômeno sucessório; a concorrência sucessória do viúvo com descendentes ou ascendentes e as questões suscetíveis a este respeito; a sujeição do cônjuge à colação/imputação; o repúdio/renúncia da herança pelo cônjuge donatário; a operacionalidade do direito de acrescer; a aproximação ou distanciamento da sucessão do companheiro em relação ao consorte.

Há simultaneamente traços de similitude e distinção na vocação/chamamento sucessório dos sistemas brasileiro e português. Como fator comum, verifica-se, de logo, uma coincidência quanto ao chamamento dos sucessíveis, obedecendo a concorrência sucessória com descendentes em primeiro lugar, seguida do concurso com ascendentes, sucedendo-se pela classificação do cônjuge como herdeiro universal, na falta dos demais legitimários/necessários.

A estes aspectos outros convergem para a semelhança, como a inafastável indagação acerca da hierarquia sucessória do cônjuge; a razoabilidade na atribuição do direito de propriedade ao viúvo ou sua substituição pelo usufruto vitalício (parcial ou total) da herança<sup>16</sup>; (im)possibilidade de aceitação da quota hereditária pelos descendentes do repudiante, entre outras controvérsias.

Em princípio, neste Capítulo, tem-se por objetivo ressaltar a fundamental razão de circunscrever uma visão mais cautelosa acerca do exame da vocação hereditária nesta perspectiva dual, tendo em vista constituir elemento basilar para a compreensão do próprio concurso do cônjuge com herdeiros legitimários/necessários. Mais adiante, aprofundaremos o

---

<sup>16</sup> Esta era a posição defendida por Galvão Telles (2004, pp. 47-48) quando da elaboração do Anteprojeto do CCP, salientando este posicionamento do seguinte modo: “Diversamente se passariam as coisas se ao cônjuge sobrevivente coubesse apenas o *usufruto vitalício*, como propúnhamos no nosso Anteprojecto. O cônjuge teria *até à morte o pleno gozo dos bens*, usando as coisas e auferindo os rendimentos. Quando falecesse, o *usufruto extinguir-se-ia* e a sua propriedade seguiria o seu *curso normal*, não entregue à sorte nem comandada pela vontade do cônjuge beneficiário da legítima, que a recebeu para seu *benefício pessoal* e não para lhe dar, injustificadamente, o destino que muito bem lhe aprouver.”.

diálogo, ao discorrer de maneira pormenorizada sobre os referidos pontos e tantos outros correlatos.

No entanto, há uma diferenciação evidente no tratamento sucessório conferido em ambos os ordenamentos, cuja dispensa de abordagem soaria leniente ao compromisso com a matéria ora versada: a vinculação da posição sucessória do cônjuge ao regime de bens no direito brasileiro. Diversamente, norma semelhante não encontra guarida no direito português.

Eis, neste particular, a razão fundamental para o detido exame dos regimes de bens e a sua associação ao fenômeno sucessório.

O legislador brasileiro, ao conceder ao viúvo o privilégio da participação sucessória com aquisição do direito de propriedade sobre os bens do *de cuius*, concorrendo em primeira e segunda classe, pressupôs a necessidade de equilíbrio patrimonial de todas as situações em que houvesse o chamamento do consorte, criando um verdadeiro “benefício limitado” a esta categoria de sucessor. E assim o fez. Todavia, fundado na certeza de alcançar o seu desiderato, associou a participação do cônjuge sobrevivente ao regime de bens.

No momento em que condiciona a sua vocação à eleição de determinado regime de bens quando do casamento, o sistema brasileiro confunde posições jurídicas diversas (meeiro e herdeiro) e interfere no próprio exercício da livre escolha do estatuto patrimonial do casamento, além de prorrogar sua eficácia patrimonial para depois da morte (e, conseqüentemente, do fim do vínculo conjugal). Esta não foi, porém, a *ratio* adotada no Código de Seabra, tampouco após a Reforma promovida pelo Decreto-Lei nº 496/77.

Interessante notar, ainda, que a vertente inaugurada por aquela codificação, do direito brasileiro, não foi implantada em todas as classes de sucessíveis, restringindo-se à primeira. Ou seja, por alguma razão, sequer declarada, a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes deve estar condicionada ao regime de bens que regia a sua relação matrimonial, não sendo a mesma regra aplicada à segunda classe, quando em concurso com ascendentes.

Sendo assim, cabe voltar um olhar mais detido para as vantagens e desvantagens da utilização destes dois formatos, projetando a repercussão da sua aplicação, de modo que nos permita proceder uma análise crítica acerca da (des)necessária associação entre o regime de bens e a participação sucessória do cônjuge sobrevivente.

Através desta controvérsia, vê-se, pois, a relevância da concorrência sucessória do viúvo com descendentes ou ascendentes e as questões suscitáveis a este respeito. Saliente-se, entretanto, que as celeumas instauradas sob este aspecto jamais se reduziriam à supracitada questão.

Ingressar nos seus meandros nos exigirá um mergulho bem mais profundo, refletindo sobre outros pontos do fenômeno sucessório (p.ex. cálculo da quota indisponível, direito de acrescer, filiação híbrida, preservação da quota legitimária mínima - quarta parte da parte indisponível), inclusive fazendo referência aos aspectos posteriormente citados, mas sem perder o foco na temática central deste estudo.

Por isso, questiona-se: Há diferença no cálculo da quota indisponível nos casos de concurso do consorte com descendentes e ascendentes? Isto ocorre em ambos ordenamentos? Existe razão para alguma distinção? Com a renúncia/repúdio por um dos herdeiros legitimário o que ocorre com o seu quinhão? A quem deverá ser destinada esta quota? A forma de realizar esta operação coincide em ambos os sistemas jurídico-sucessórios? No caso de existirem descendentes comuns (*de cujus* e cônjuge sobrevivente) e exclusivos do autor da herança (filiação híbrida), serão atribuídas quotas igualitárias ou há uma forma diversa de divisão da legítima? Qual o tratamento dado a esta matéria pelos diplomas em causa? A distinção entre quotas seria um retrocesso? Como preservar a quota hereditária mínima do cônjuge nestes casos de filiação híbrida<sup>17</sup>?

A mera enunciação destas indagações, contudo, carecem de explicações e desenvolvimento dialético, com a devida construção hermenêutica, ao ponto de conceber a importância da sua estratificação em capítulos e subtópicos específicos para a abordagem de cada uma delas.

Do mesmo modo, tem-se presentemente acesa a dúvida acerca da (não) sujeição do cônjuge à colação, unicamente no direito brasileiro, em decorrência da interpretação conjunta dos arts. 544, 2.002 e 2.003 do CCB<sup>18</sup>. O primeiro faz referência apenas aos descendentes quando trata da obrigação colatícia, enquanto o dispositivo subsequente preconiza a finalidade do instituto, abarcando a igualação das legítimas dos descendentes e, também, do cônjuge sobrevivente. Reside nestes termos, portanto, a celeuma a ser desconstruída.

Cumprir-nos-á, por consequência, apresentar os fundamentos que corroboram para a assunção de uma das posições defendidas, concluindo pela necessidade ou não de o viúvo trazer a colação os bens recebidos em vida do falecido. Veremos, então, se o silêncio do

---

<sup>17</sup> Refere-se, aqui, à incongruência instaurada pelo texto do art. 1.832 do CCB, ao reduzir aos casos de ascendência comum a reserva da quota hereditária mínima. Prevê este dispositivo: “**Art. 1.832.** Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.”

<sup>18</sup> “**Art. 2.002.** Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. [...]. **Art. 2.003.** A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados. [...]”

legislador no art. 2.002 foi intencional, destinado a retirar do viúvo a obrigação de colação, ou se corresponde a uma verdadeira lacuna normativa, que deve ser preenchida pela interpretação sistemática do ordenamento em questão e a aplicação dos preceitos do fenômeno sucessório.

O CCP, pela expressa dicção do seu art. 2104º/1 limita a obrigação de colacionar aos descendentes, não fazendo menção ao cônjuge ou descendentes, assim como no direito brasileiro. Por isso, dever-se-á saber, também aqui, se o consorte do *de cuius* estaria ou não submetido à colação dos bens ou valores doados em seu favor. Cumpre descortinar a real essência deste “calar legislativo”, perquirindo o motivo para a instituição desta obrigatoriedade apenas aos descendentes, excluindo-a, a primeira vista, com relação aos ascendentes e ao cônjuge sobrevivente<sup>19</sup>.

Hipótese obviamente distinta da anterior é aquela consagrada no art. 2107º/1, que remete às doações feitas em benefício do cônjuge do *presuntivo herdeiro legítimo*. Afasta, por óbvio, qualquer divergência neste sentido, posto que afirma peremptoriamente que “não estão sujeitos a colação os bens ou valores doados ao cônjuge do presuntivo herdeiro legítimo”. Visto isso, com absoluta certeza não subsiste divergência semelhante àquela suscitada pelas liberalidades destinadas ao consorte do extinto<sup>20</sup>.

No entanto, existe ainda a controvérsia consistente na imputação na quota disponível ou na legítima em relação às liberalidades feitas ao cônjuge. Junto a esta questão trataremos à tona os reflexos deste instrumento para a igualação dos quinhões dos legítimos, a saber se permanecerá livre a parcela disponível para esta operação, ou se será, de logo, preenchida pela imputação das suprarreferidas liberalidades em favor do consorte (ou mesmo colmatada pelo excesso), não sofrendo, assim, sujeição à tentativa de igualação, quando muito por motivo de inoficiosidade.

No momento subsequente à colação, abordaremos a significativa problemática da distinção entre o repúdio do direito lusitano e a renúncia da herança pelo cônjuge donatário, não deixando de projetar os efeitos que decorrem desta recusa do viúvo.

---

<sup>19</sup> Cabe, aqui, a ressalva feita por Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 174): “Além de só os *descendentes*, e não *todos os herdeiros legítimos*, se encontrarem sujeitos a *colação*, acrescenta-se que nem todos os descendentes participantes na sucessão ficam obrigados à restituição própria do instituto, como resulta do disposto no artigo 2105º.”.

<sup>20</sup> Neste particular, fazendo esta distinção, Pires de Lima e Antunes Varela (2010, p. 177) preclaram: “O artigo 2107º trata da questão de saber se estão ou não sujeitos a colação os bens doados ao cônjuge do presuntivo herdeiro legítimo, problema que vem já do tempo da legislação anterior ao Código vigente. É questão que não se confunde, como é evidente, com o problema da *colação* dos bens doados pelo *de cuius* ao seu cônjuge – sabendo-se que o herdeiro sobrevivente passou entretanto a ser, com a reforma de 1977, herdeiro *legítimo* (do cônjuge falecido).”.

De logo, indicamos a dessemelhança do termo inicial da eficácia do repúdio e da herança com relação ao acervo hereditário, pois requisitam, inevitavelmente, a distinção promovida no capítulo seguinte, a respeito da aquisição sucessória.

Sucintamente, sob o pálio da verificação do instante da aceitação da herança (e, conseqüentemente, posse e responsabilidade sobre o patrimônio e obrigações que a integram), conclui-se pela identificação de ato de repúdio ou renúncia – pela preexistência que esta requisita –, com as conseqüências inerentes à respectiva natureza do instituto. Em um deles à negativa preexiste a aquisição sucessória, enquanto no outro a recusa ocorre no momento em que deve se pronunciar sobre a aceitação.

Desta diferenciação decorrerão, por conseqüência, algumas implicações, para as quais intentaremos sobejar soluções diversas com amparo nos dois ordenamentos ora analisados. Dentre estes entraves do direito sucessório, aparentemente irresolúveis, há clara conexão entre os casos de repúdio/renúncia e outro instituto, o direito de acrescer.

Neste particular, o elo formado entre o repúdio/renúncia da herança e o direito de acrescer se espraia por todo o âmbito da sucessão, alcançando todos os títulos sucessórios. Não se limita à sucessão testamentária, por não ter caráter de instituto próprio de um único tipo de sucessão<sup>21</sup> - como facilmente se observa pela previsão nos arts. 2137.º, 2143.º e 2157.º do CCP. Contudo, por mais sedimentada que seja esta ligação, outras situações também desaguam nesta confluência com o benefício do acrescer, sendo fatores de causalidade para o seu surgimento, como a premoriência, a incapacidade ou a exclusão do co-sucessor.

Essencialmente, a sobrevivência deste instituto não resguarda o mesmo fundamento antes visto no Direito Romano, assente na unidade da sucessão, inadmitindo a cumulação de herdeiros legítimos e legatários. Respalda em razão diversa, o direito de acrescer hodiernamente se encontra fundado na presunção da vontade do falecido, que, como dito por Dias Ferreira (*apud* Antunes Varela; Pires de Lima, 2010, p. 474), “revelou mais afecto pelos herdeiros que instituiu que pelos parentes que preteriu”.

---

<sup>21</sup> Bem afirmam Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 473) neste sentido, ao situar o direito de acrescer no âmbito da sucessão testamentária, sem olvidar a sua previsão para a sucessão legítima. Além disso, conceituam e diferenciam o instituto como sendo “uma forma de *vocação sucessória* que a lei coloca, sistematicamente, num lugar próprio, autónomo (nesta Seção V), não a confundindo com as *substituições* (*directa, fideicomissária, pupilar* ou *quase-pupilar*), reguladas numa secção distinta, nem com o *direito de representação*, dotado de uma dimensão maior, que levou o legislador a colocá-lo no núcleo das disposições gerais, visto o *direito de representação* estender o seu império, tanto à sucessão legítima e legitimária, como à sucessão testamentária (art. 2040º)”. Como visto, tanto o legislador português como o brasileiro instituíram o direito de acrescer também em Seções específicas da sucessão testamentárias, sendo elas a Seção V, do Capítulo VI do CCP, e Capítulo VIII, da Seção III, do Título III (Da Sucessão Testamentária), do CCB, sem deixar, contudo, de trazer o regramento aplicável à sucessão legítima, que mais nos interessará, em virtude do recorte epistemológico do presente estudo.

Pela complexidade que lhe é inerente, não nos olvidaremos de elucidar a operacionalidade do direito de acrescer, a fim de facilitar precipuamente a sua compreensão abstrata e, logo em seguida, contrapô-la ao concurso do cônjuge com herdeiros legitimários/necessários, onde seus reflexos se observam no cálculo da quota (in)disponível, a toda evidência, pela relevância que possui para a sucessão *ab intestato*.

Será, portanto, temática a ser trazida no capítulo que encerra a seção da *relevância das liberalidades em vida e por morte no cálculo da quota indisponível*, tendo em vista os efeitos advindos da incidência do acrescer na imputação das liberalidades feitas em favor do cônjuge e dos legitimários.

Finalmente, por mero dever acautelatório, deve-se salientar que, por maior semelhança que apresente com outras figuras do direito sucessório, a exemplo da redução da liberalidade por inoficiosidade, a confusão com outros institutos deve ser evitada, pelas peculiares características demarcadoras da sua natureza jurídica, ainda mais pelos efeitos singulares consectários da sua incidência.

Sobre estas bases, legítimos alicerces para compreensão da temática principal, construiremos cada uma das ideias da presente exposição, interligando-as pela lógica comum da sua essência e a finalidade a que se propõem, com o escopo de diluir as inquietações relativas às situações em causa. Não teremos, pois, a utópica pretensão de esgotar o tema abordado, ainda mais que nos subtrai a intenção de esvaziar a dialética interpretativa que as questões suscitadas permitem manter acesa, ao passo que a vivacidade desta perene discussão apenas contribui para a evolução das definições, controvérsias e soluções encontradas.

#### 4. VISÃO DIFERENCIADA DO FENÔMENO JURÍDICO-SUCESSÓRIO: VOCAÇÃO E AQUISIÇÃO SUCESSÓRIA

Não obstante a indiscutível proximidade evidenciada entre os sistemas jurídico-sucessórios brasileiro e lusitano, há detalhes do fenômeno em causa que os distinguem na base da sua essência. Exemplo disso é a distinta ocorrência do momento de aquisição sucessória quando vista sob a perspectiva dual aqui versada.

Ao residir no suporte da abertura da sucessão, cuja análise advém desde antes do início do seu fato gerador (a morte), a ingerência de tal distinção se estende, sem dúvida, sob todo o fenômeno jurídico-sucessório. Trata-se, pois, de prestar os esclarecimentos essenciais sobre a vocação e a aquisição sucessória, no intuito de impedir interpretações equivocadas acerca das etapas que ocorrem concomitantemente ou sucedem este momento, bem como as questões correlatas àqueles.

Em princípio, se retira a designação sucessória da dualidade engendrada pela dissociação entre a vocação e a aquisição – em estágio precedente ao início da sucessão –, sobretudo por verificar que particularmente quanto à indicação dos sucessíveis os ordenamentos em apreço se assemelham. Não bastasse isso, a própria antecedência desta fase a singulariza em relação aos aludidos institutos, pois ela ocorre ainda em vida do *de cuius*, o que leva a nominá-la de pré-sucessória, enquanto as demais etapas se perpetram no concomitantemente ou após a morte do autor da herança<sup>22</sup>.

De imediato, declara-se que se perfectibilizará a designação com o acontecimento dos fatos juridicamente relevantes, denominados designativos<sup>23</sup>, conducentes, caso mantidos até a abertura da sucessão, à vocação hereditária em ambos os tipos de sucessão, tanto na legal como na voluntária<sup>24</sup>. Queremos salientar, com isso, a necessidade de

---

<sup>22</sup> Para Pamplona Corte-real (2012, p. 63) “é, em suma, uma fase pré-sucessória”. Há ainda quem a defina como uma vocação virtual, como o faz Pereira Coelho (1992, pp. 134-135).

<sup>23</sup> O CCP de maneira imprópria intitula os fatos designativos sucessórios, no seu art. 2026º, de “Títulos de vocação sucessória. Ver Pamplona Corte-real (2012, 64). De modo semelhante, para distinguir a designação da vocação sucessória, afastando possíveis confusões na utilização destes termos, preleciona Capelo de Sousa (2012, p. 280): “A vocação sucessória distingui-se claramente da *designação* sucessória, que é uma situação anterior àquela. Como vimos, a ordem jurídica prevê que por lei, testamento ou contrato se estabeleça, antes de ocorrer a abertura da sucessão, um quadro de designados sucessíveis, mas que está sujeito a constantes mutações (alteração da lei, revogação do testamento, pré-morte, indignidade do designado, etc.) e que só se fixa no momento da morte do *de cuius*.”

<sup>24</sup> Na definição de Pamplona Corte-real (2012, p. 63): “A designação será, deste modo a indicação virtual dos sucessíveis feita em vida do *de cuius*, através de factos juridicamente relevantes e de entre os factos juridicamente relevantes é possível distinguir os factos designativos negociais (testamento, pacto sucessório) e os não negociais (vínculo conjugal, parentesco, adopção, vínculo de cidadania) que vão estar na base, respectivamente, das duas grandes modalidades de sucessão quanto à fonte do chamamento: a sucessão voluntária e a sucessão legal.”

conjugação deste fato designativo com o evento morte, compondo um fato jurídico complexo, para que seja fixado o “esqueleto” de sucessíveis do autor da herança<sup>25</sup>.

A necessidade de aguardar a abertura da sucessão para que se aperfeiçoe o fato jurídico designativo advém da possibilidade de alteração das circunstâncias implementadas ou do surgimento de fatos novos, aptos a modificarem a designação sucessória projetada até aquele momento. Nesta esteira, a dissolução dos vínculos conjugais/convivenciais, o nascimento, a premoriência, a revogação de testamento, reforma legislativa e todos aqueles fatos que influenciem na indicação dos sucessíveis preconizam a injuntiva associação entre a designação sucessória e a morte do hereditando.

Conceitualmente, utilizando da precisa definição de Capelo de Sousa (2012, p. 134), designação sucessória seria a “determinação, antes da morte do autor da sucessão, como seu sucessível ou sucessíveis, de certa(s) pessoa(s) ou de certa(s) categoria(s) de pessoa(s) *ex lege* (por mero efeito de normas legais imperativas ou supletivas) ou por força de vontade privada (corporizada em testamento ou, excepcionalmente, em doações *mortis causa*).”.

Ademais, não existe sem propósito específico este instituto, pois a antecipação da indicação dos sucessíveis ao próprio fato gerador da sucessão tem uma razão de ser. A finalidade apriorística da designação sucessória consiste na precaução quanto ao surgimento de possíveis hiatos na transmissão do patrimônio e relações jurídicas assumidas pelo extinto, com ressalvas para aquelas dotadas de pessoalidade<sup>26</sup>. Sob o intuito de evitar a existência desta lacuna, são previamente designados os pretensos sucessores, carecendo de confirmação quando da morte do *de cuius*.

Por fins meramente didáticos, melhor visualizaríamos este instituto através da sucessão legitimária, cuja imposição é proveniente da lei, porquanto ser possível antever expressamente os sucessíveis do autor da herança, posto que previamente determinados pelo texto positivado, dialogando sobre eventuais circunstâncias que reestruturem o mapa dos sucessíveis. Com isso, não pretendemos afirmar, de modo algum, a inexistência desta em outras espécies de sucessão, principalmente pela sua relevância naquelas de origem voluntária (como a testamentária).

---

<sup>25</sup> Neste sentido, ver Pamplona Corte-real (2012, p. 64), onde prefere a expressão “mapa de sucessíveis” àquela utilizada neste estudo.

<sup>26</sup> Segundo Capelo de Sousa (2012, p. 96): “Antes da morte do autor da herança, e tendo em vista, sobretudo, garantir sem hiatos a transmissão por morte da propriedade e do domínio em geral sobre os seus bens privados, o sistema jurídico predispõe para tal, e por diversos modos, várias categorias de pessoas. Assim, ainda antes da morte do *de cuius*, surgem-nos *designadas*, por força da lei ou da vontade deste, certas pessoas como seus possíveis sucessores ou seus sucessíveis.”.

Atendo-nos, de tal modo, à sucessão legal, verificamos a coincidência de designação em ambos os ordenamentos tratados neste estudos. Tanto no CCB como no CCP a sucessão legal indica como sucessíveis os descendentes, ascendentes, cônjuges e os colaterais até 4º grau. Para tanto, é essencial que a condição a que se refere a norma positivada esteja implantada até a morte do *de cuius*, posto que será o momento quando se constatará a fixação do sucessor em dada classe, autorizando, por conseguinte, o seu chamamento a suceder.

Sob este panorama, observa-se que não há, ainda, a vocação de nenhum dos sucessores arrolados legal ou voluntariamente, sendo certo que a permanência no estado requisitado pela designação e o preenchimento dos pressupostos do chamamento (como se verá a seguir) conduzirá à disposição do *jus delationis*. Naquele momento precedente, existem somente indícios da colmatação da posição sucessória, evidenciando-se uma virtual vocação dos herdeiros e/ou legatários, de modo que o chamamento efetivo somente ocorrerá com a abertura da sucessão.

Consequentemente, quando da abertura da sucessão computa-se qual o real estado das indicações estabelecidas previamente pela designação, dando azo à etapa subsequente, a vocação sucessória. Neste instante, obedecer-se-á aos ditames legalmente previstos ou decorrentes da vontade do *de cuius*<sup>27</sup>.

Por mais que se distingam a abertura da sucessão da vocação/chamamento sucessório, a coincidência do momento de sua ocorrência torna impossível visualizá-los de forma dissociada. Entretanto, para extirpar qualquer resquício de dubiedade, basta perceber que há uma precedência lógica daquela em relação ao chamamento, uma vez que a vocação está intrinsecamente condicionada à morte do autor da herança. Este fato, por consequência, torna vago um dos pólos das relações jurídicas transmissíveis por sucessão, autorizando, em seguida, o ingresso das pessoas designadas a assumirem esta posição<sup>28</sup>.

Outra atecnia que cumpre ser afastada é a enganosa sinonímia entre o termo vocação e a devolução sucessória. Não se atribui esta impropriedade apenas ao intérprete do Direito, pois o próprio Diploma Civil Português induz o operador a agir desta forma, quando em seu art. 2024º equipara os termos referidos, tratando-os como sinônimos, porém, como

---

<sup>27</sup> Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 30) caracterizam o chamamento como “o primeiro acto subsequente à instalação do fenómeno sucessório”.

<sup>28</sup> Neste sentido, Capelo de Sousa (2012, pp. 279-280) pontua: “[...] o que importa para já reter é que a abertura da sucessão e a vocação sucessória, apesar de normalmente ocorrerem ambas no momento da morte do autor da sucessão, se distinguem entre si. Há uma anterioridade lógica daquela sobre esta, uma vez que só após declarada aberta a sucessão, com a extinção do sujeito de uma das posições das relações jurídicas sucessoriamente transmissíveis e o consequente estado de vinculação de tais relações jurídicas ao subingresso do novo titular, é que se torna possível à ordem jurídica chamar os sucessíveis, o que aliás se espraia nas palavras iniciais do n.º 1 do art. 2032º.”.

salienta Pamplona Corte-real (2012, p.186) “refere o ‘chamamento de uma ou mais pessoas’ e a ‘consequente devolução’ parecendo demarcar duas realidades distintas e até conexas”.

A propósito, conquanto relevante e controverso o problema, a interferência na temática ora abordada não demanda maiores digressões, sendo suficiente explicitar a distinção fundamental a ser estabelecida, pela qual o direito de suceder se atribui unicamente ao chamamento, enquanto a referência aos bens se concentra na terminologia da devolução<sup>29</sup>.

Como visto, a vocação sucessória consiste no chamamento dos possíveis sucessores para preencherem a vacância deixada pela extinção de um dos titulares de determinada relação jurídica, transmissível em razão da morte, a fim de evitar o hiato criado pela abertura da sucessão. Deste conceito tiram-se, portanto, os elementos constitutivos da própria vocação sucessória, cujo preenchimento conforma a legitimidade do chamamento do herdeiro ou legatário.

Elecam-se como pressupostos da vocação hereditária, a serem identificados no momento da abertura da sucessão: a existência no momento do chamamento; a posição de sucessível preponderante na designação sucessória; capacidade sucessória<sup>30</sup>.

a) *a existência no momento do chamamento;*

Este requisito preconiza a existência jurídica do chamado no momento da abertura da sucessão. Veja-se que não se trata da necessidade de ter o sucessível personalidade jurídica, instituto que, tanto pelo CCP quanto pelo CCB, determinaria o “nascimento completo e com vida do possível sucessor”. Se assim fosse, estariam excluídos da vocação sucessória, de logo, os nascituros, estes já concebidos (e em alguns casos, sequer concebidos) à época da morte do *de cuius*<sup>31</sup>.

Com relação aos designados à sucessão que sobrevivem ao autor da herança, preservando a condição atribuída pelo fato designativo, não se exige esforço hermenêutico para admitir a sua vocação sucessória. Todavia, outras indagações suscitam maiores esclarecimentos, dentre elas os casos dos nascituros (concebidos e não-concebidos) e as pessoas coletivas/jurídicas.

---

<sup>29</sup> Segundo Oliveira Ascensão (2000, p. 413): “[...]quando fala em devolução a lei tem em vista o aspecto objetivo. Isto indicia um *sentido técnico* uniforme da palavra, contrapondo-a a chamamento ou vocação. Consiste em entender-se que por devolução se tem em vista a atribuição dos bens; por chamamento, a atribuição do direito de suceder.”

<sup>30</sup> Ver Antunes Varela e Pires de Lima (2010, pp. 31-32); também neste sentido, Capelo de Sousa (2012, p. 282).

<sup>31</sup> Sobre esta temática cfr. Capelo de Sousa (2012, pp. 284-289).

Quanto aos nascituros concebidos, impende salientar que sua vocação ficará vinculada a uma condição legal suspensiva, concernente no seu nascimento<sup>32</sup>, conforme consta expressamente no art. 66º/2, do CCP (assim também dispõe a interpretação conjunta dos arts. 1.798 e 1.800, §3º, do CCB). A comprovação da concepção precedente à morte do autor da herança goza de presunção se o nascimento ocorrer nos 300 dias subsequentes à abertura da sucessão. Entretanto, se trata de presunção *iuris tantum*, que admite prova em sentido contrário, sendo certo que corroborada a concepção em momento posterior ao óbito do hereditando, através de prova concludente, resta excluído da sucessão.

Tratando dos nascituros não-concebidos, não poderão estes serem chamados à sucessão legítima ou legitimárias, pois ambas pressupõem, no mínimo, a concepção quando da morte do *de cuius*. Por outro lado, há hipóteses autorizativas da vocação dos não-concebidos (nas sucessões testamentária e contratual), por mais que condicionada a rígidos requisitos. Exemplificativamente, a disposição do art. 2033º/2, *a*), prevê que “na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade: a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão” (do mesmo modo preconiza o art. 1.799, I, do CCB<sup>33</sup>).

Frise-se, no entanto, que não se destina este benefício a todos aqueles sucessíveis não-concebidos à época da abertura da sucessão e que posteriormente integram determinada classe de sucessíveis que seja eventualmente chamada a suceder. É imprescindível que sejam estes designados previamente em sucessão testamentária ou contratual e cumulativamente sejam filhos (e não quaisquer outros descendentes) de pessoa determinada, que não seja pré-morta. Constatada a ausência de uma destas condições imperativas, afasta-se a expectativa de futura vocação do sucessível<sup>34</sup>.

Finalmente, resta abordar a existência das pessoas coletivas (no Brasil, pessoas jurídicas), a fim de configurar o pressuposto ora mencionado em relação àqueles entes, consignados nos arts. 2033º/2, *b*), do CCP e 1.799, II e III, do CCB<sup>35</sup>. Acerca destas, a sua existência deve ter em consideração que o ato que lhes confere personalidade jurídica é o respectivo ato de reconhecimento, podendo serem vinculadas a condição suspensiva. Como

---

<sup>32</sup> Assim esclarece Gonçalves (2012, p. 69).

<sup>33</sup> **Art. 1.799.** Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...]. A menção deste dispositivo apenas à sucessão testamentária decorre da inexistência da sucessão contratual no sistema jurídico-sucessório brasileiro.

<sup>34</sup> Neste sentido, cabe verificar a explanação de Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 34).

<sup>35</sup> **Art. 1.799.** Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: [...] II – as pessoas jurídicas; III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

hipóteses semelhantes à dos concepturos, com a imposição da *conditio iuris*, as pessoas coletivas, segundo o art. 185º/1 do CCP podem ser instituídas em testamento na forma de fundação, a serem constituídas após a morte do *de cuius*, integralizando o patrimônio inicial com a quota destinada pelo falecido; assim como, segundo o art. 197º admite-se a realização de liberalidades *inter vivos* ou *mortis causa* em favor de associações (presentes ou futuras), concedendo-as o prazo de um ano para aquisição da personalidade jurídica<sup>36</sup>.

b) *a posição de sucessível preponderante na designação sucessória;*

Aberta a sucessão e correspondendo a posição do sucessível com uma daquelas estipuladas na designação sucessória (legal ou voluntária), não significa que este será imediatamente chamado a suceder. Apesar de obedecido o fenómeno sucessório, com a precedência da designação, seguida da abertura da sucessão, que ficticiamente culminaria no chamamento do herdeiro/legatário, a vocação somente terá lugar se o pretense sucessor ocupar, neste instante, a titularidade de posição prevalente. Em regra, deve ser acompanhada a ordem de vocação preestabelecida em lei ou voluntariamente pelo autor da sucessão, ante a impossibilidade de convocar simultaneamente todos os designados para suceder.

Aliás, a titularidade de posição prevalente deve ser referente ao título de vocação ao qual corresponde o chamamento, respeitando-se internamente a hierarquia dos fatos designativos. Desta forma, é plenamente admissível a coexistência de designações concorrentes, permitindo a vocação de múltiplos sucessíveis, ou até mesmo de um único<sup>37</sup> (integrantes da mesma categoria), desde que aferida a sua prevalência dentro de um mesmo título, não abrangente da totalidade dos indicados a suceder<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Ver Pamplona Corte-real (2012, p. 201); Capelo de Sousa (2012, p. 289).

<sup>37</sup> Sobre esta ressalva ver Capelo de Sousa (2012, p.283); Pereira Coelho (1992, p. 184); Pamplona Corte-real (2012, p. 201).

<sup>38</sup> Oliveira Ascensão (2000, pp.167-169) possui entendimento diverso sobre a vocação apenas daqueles sucessíveis detentores de fato designativo prevalente. Para o ilustre Professor, seguindo a linha da doutrina italiana com a abertura da sucessão há imediato chamamento de todos os sucessíveis, sendo certo que a vocação dos sucessíveis subsequentes aos prioritários “está sujeita a um facto suspensivo: a resolução da vocação (ou das vocações) prioritárias”. E prossegue o Autor afirmando que o “efeito típico da vocação produz-se – dá-se a atribuição do direito de suceder – mas a sua eficácia está atenuada”. Contraopondo-se a este posicionamento e condizente com a posição adotada neste estudo, Pamplona Corte-real (2012, p. 203) preclara: “Em primeiro lugar, que ele não parece muito conforme com o desenho legal do conceito de vocação e com a importância da persistente retroacção da eficácia de todos os actos jurídicos integrantes do fenómeno sucessório à data da abertura da sucessão.”. Peremptoriamente, Capelo de Sousa (2012, p. 283) pondera: “[...] há uma opção legislativa na vocação sucessória. Não são chamados todos os designados como sucessíveis mas apenas aqueles que gozam de <<prioridade na hierarquia dos sucessíveis>>.”.

A propósito, a previsão normativa deste pressuposto encontra guarida no CCP, no art. 2032º/1, trazendo claramente em seu corpo a orientação a ser adotada, demandando ínfimo esforço interpretativo, ao destacar o chamamento, quando da abertura da sucessão, daqueles que “gozam de *prioridade* na hierarquia dos sucessíveis”.

Semelhante prescrição legislativa não se identifica no CCB. Este fato, contudo, não impede a aplicabilidade do pressuposto ora analisado, uma vez que as bases do fenômeno jurídico-sucessório destes ordenamentos são equiparáveis, inexistindo prejuízo na transposição da aludida aclaração normativa para efetiva compreensão da vocação sucessória. No Brasil, também se identifica a posição preponderante do sucessível frente à designação sucessória, obedecendo a hierarquia dos fatos designativos em um mesmo título, admitido, ainda, o chamamento de um único ou diversos sucessíveis.

E este elemento é responsável pela legitimidade de outra norma reguladora da sistemática sucessória, subjacente na necessidade de esgotamento da vocação de determinada classe para seguir para o chamamento da classe posterior (art. 2134º do CCP e arts. 1.829, 1.836 e 1.838 do CCB, mais detalhadamente explicitado no Cap. 2, parte II). Através desta regra, preserva-se o preceito de prioridade de título prevalente de sucessível, porque não será permitido promover o chamamento da classe seguinte pela carência desta “prevalência”, retendo a vocação onde se encontrar até que se esgote a prioridade da classe e, por conseguinte, exsurja nova preferência.

Há, ademais, uma exceção à composição deste requisito, a situação específica do cônjuge sobrevivente. Efetivamente, o viúvo detém uma “dupla-identidade” no fenômeno jurídico-sucessório dos citados ordenamentos, pois pode ser herdeiro concorrente ou universal, a depender de outros fatores, que não somente aqueles relativos aos demais sucessíveis. De logo, cabe apenas referir que a sua vocação como concorrente depende da existência de outros possíveis herdeiros, nomeadamente descendentes ou ascendentes, além de autorizar o chamamento da classe que lhe sucede mesmo sem o esgotamento daquela que compõe.

c) *capacidade sucessória.*

Completando a tríade de elementos que preconizam a vocação sucessória, tem-se como crucial a capacidade sucessória do possível herdeiro ou legatário.

Neste contexto, algumas advertências pontuais devem ser feitas, esclarecendo atuais e ulteriores dúvidas que insistam em atrapalhar a exata compreensão a respeito da própria capacidade sucessória ou das questões que lhe tangenciam.

De tal modo, imperioso destacar que o pressuposto em voga não se confunde com a possibilidade de *exercício* do direito de suceder, posto que, se assim fosse, seria fatalmente afastada a hipótese de chamamento (vinculado a condição suspensiva) do nascituro, tendo em vista a sua incapacidade para o exercício quando da abertura da sucessão.

De outra forma, a aludida capacidade sucessória se refere, como dito por Pamplona Corte-real (2012, p. 204), ao “gozo específico no campo sucessório”. Refere-se, em verdade, à legitimidade para assumir a condição de herdeiro, sendo perquirida eventual presença de critério excludente deste mister. Nestes termos, o CCB acertadamente utilizou a nomenclatura “legitimação para suceder” (art. 1.787), evitando possíveis conflitos com a capacidade para o exercício deste direito, como ocorria com a codificação civilista que lhe antecedeu.

Somente por meio desta conceptualidade consegue-se dissociar a capacidade sucessória da ideia de (im)possibilidade de exercício, concebendo, por conseguinte, a vocação sob condição suspensiva (o nascimento) do nascituro. Visto deste modo, questiona-se: qual seria, então, o momento de verificação desta específica capacidade?

A resposta encontra-se, inclusive, positivada nos Diplomas civilistas de Brasil e Portugal, respectivamente nos arts. 1.798 do CCB e 2033º/1 e 2035º, ambos do CCP. Pela clareza da sua disposição normativa, merece transcrição o texto português, que em poucas linhas (no art. 2033º) define: “Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei”.

Na parte final do prescritivo são ressalvadas eventuais exceções legais, ou seja, contidas no próprio sistema. Portanto, assume-se a capacidade sucessória como regra, suscitando possíveis reservas em situações específicas. Mas, quais seriam os casos excepcionais?

Objetivamente, responde-se, será a incapacidade sucessória por indignidade. E, positivamente, o art. 2034º do CCP traz as quatro situações reconduzíveis a esta categoria, categorizados por Pamplona Corte-real (2012, p.207) como “decorrentes do atentado contra a vida do testador; contra a honra do testador; contra a liberdade de testar; e contra o próprio testamento”.

Nesta esteira, o ordenamento brasileiro (no art. 1.814 do CCB) traz número reduzido dos casos indignidade, elencando-os em três hipóteses, idênticas àquelas inculpidas no sistema lusitano, retirando, apenas, a exceção do atentado contra o próprio testamento. Há,

contudo, de saber se este rol normativo concebe dilatação, sendo exemplificativo, ou é dotado de tipicidade, tendo natureza taxativa<sup>39</sup>.

Diferentemente da incapacidade natural ou física, que tem por substância uma raiz objetiva, fincada na ocorrência ou não do fato jurídico, a indignidade, por outro lado, baseia-se em condutas atentatórias ao testador (ou seus familiares) ou à integridade do próprio testamento, apresentando cariz puramente subjetivo<sup>40</sup>.

Como é cediço, a indignidade tem natureza de penalidade civil, que é aplicada pela lei em decorrência das atitudes perpetradas pelo indigno. A sanção, saliente-se, efeito precípua da declaração de indignidade, não corresponde exatamente à exclusão do herdeiro da sucessão, mesmo que à primeira vista aparente ser. Esta concepção de castigar o indigno com a pena de exclusão foi suplantada pela limitação do caráter personalíssimo da inexistência da devolução, pois verificou-se que a sanção alcançava aqueles que não deveriam ser apenados pelos atos praticados pelo indigno, seus familiares<sup>41</sup>.

Portanto, por se tratar de componente da vocação hereditária, a indignidade tem efeitos retroativos à data da abertura da sucessão, agindo apenas como se inexistisse a devolução dos bens ao indigno. Por consequência, considerando que o sucessor exerce a posse a partir da abertura da sucessão, e que a delação da herança não se opera em seu favor, a sua condição o torna um possuidor de má-fé dos bens da herança<sup>42</sup>.

Diante desta situação, em que o indigno funciona como virtual pré-morto, como se já tivesse falecido quando da abertura da sucessão, bem como pelo caráter personalíssimo da sanção aplicada, a devolução é feita às pessoas que herdariam nestes casos, porquanto inexistente a delação para o indigno. Como bem ressaltam Pires de Lima e Antunes Varela

---

<sup>39</sup> Silva Pereira (2015, p. 31) salienta a restrição quanto à ampliação do rol legalmente preestabelecido, caracterizando-o como *numerus clausus*: “Não obstante a precisão ontológica, os autores mantêm a velha designação (*indignidade*), salientando entretanto o seu caráter excepcional e estrito. Acrescente-se a isto que é taxativa (*numerus clausus*) a sua enumeração legal; e raras são as hipóteses de sua incidência.”

<sup>40</sup> Neste sentido, ver Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 37).

<sup>41</sup> Segundo Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 43): “*Logicamente*, como fruto da reação da lei perante os factos delituosos praticados pelo chamado contra o autor da herança ou alguns dos seus familiares mais próximos, a *indignidade* torna a devolução inexistente, retroagindo assim os seus efeitos até ao momento da vocação. E a mesma ideia de que a indignidade afecta o chamamento (a vocação sucessória) até a sua raiz, faz que a lei considere invariavelmente de má fé (mesmo que a declaração de indignidade seja posterior à abertura da sucessão e os bens se encontrem, de facto, nas mãos do chamado) a posse por ele exercida. Esta é a face do regime (actual) da indignidade que, marcando o seu carácter especial punitivo, logo faz lembrar o carácter primitivo da indignidade como causa de exclusão da sucessão.”

<sup>42</sup> Como esclarece Silva Pereira (2015, pp. 35-36): “Na pendência da ação e até o desfecho desta, com trânsito em julgado da sentença, o herdeiro estará na posse dos bens da herança. Mas o caráter declaratório da ação induz o efeito retrooperante da sentença à data do óbito. Considera-se o excluído, como se nunca tivesse sido herdeiro, cumprindo-lhe, portanto, restituir os frutos e rendimentos percebidos (novo Código Civil, art. 1.817, parágrafo único). Neste sentido é equiparado a um possuidor de má-fé. Em razão da exclusão que a atinge, ocorre a delação da herança em favor do indigno, mas não pode ele ter os bens – *potest capere sed non retinere*.”

(2010, p. 43), “a inexistência retroactiva da devolução faz que as *acções possessórias* e o poder de *administração* relativos aos bens em princípio pertencentes ao indigno passem logo para as pessoas a quem, na falta dele, compete a *devolução* da sucessão.”.

Assim sendo, se o indigno for o único da sua classe, serão chamados os da seguinte; defere-se o quinhão daquele aos seus descendentes por direito de representação, se possível (art. 2037º CCP; art. 1.816 do CCB); poderá, ainda, ser a sua quota acrescida ao quinhão dos coerdeiros, salvo o citado *iure representationis*<sup>43</sup>.

Em que pese os efeitos drásticos decorrentes da conduta atentatória do indigno, a declaração de indignidade é passível de reabilitação, podendo, com isso, ser restabelecido o estado anterior, permitindo a devolução dos bens em seu favor. Este ato pode ser praticado por *ato autêntico* (escritura pública, para o direito português), em instrumento autônomo, ou por *testamento*, consignando o ofendido em sua disposição de última vontade o perdão ao ofensor, retirando a possibilidade da referida declaração, preservando, porém, o seu caráter personalíssimo (titularizado pela própria vítima).

No que diz respeito à abrangência da disposição que promove a reabilitação, o seu conteúdo pode ser amplo ou limitado. No primeiro caso, haverá um pleno restabelecimento da legitimação para suceder, agindo como se nenhum ato tivesse sido praticado contra o testador. Sendo, todavia, limitado o perdão concedido, inexistente obstáculo quanto à propositura de demanda que objetive a declaração de indignidade relativa à condição de herdeiro legítimo.

Há de destacar, ainda, que, no direito brasileiro, se a Ação para a aludida declaração não for intentada no prazo de quatro anos (art. 1.815, par. único, do CCB), contados da abertura da sucessão, decai o direito de exercê-la, assim ocorrendo, também, se não promovida ainda em vida do indigno. Já o direito português enxuga o prazo para a propositura da ação, sendo este de dois anos, a partir da abertura da sucessão, mas o reduz ainda mais, pra um ano, contados da condenação dos crimes que a fundamentam ou “do conhecimento das causas de indignidade previstas nas alíneas c) e d) do artigo 2034º”.

Se, por outro lado, for proposta e sobrevier a respectiva sentença condenatória, mas for revelado o perdão (por testamento ou ato autêntico/escritura pública), ainda que

---

<sup>43</sup> O CCP com a clareza e objetividade de que goza neste aspecto, enuncia expressamente os efeitos decorrentes da indignidade, sendo esclarecedora a sua transcrição, pois determina em seu art. 2037º: “1. Declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má-fé dos respectivos bens. 2. Na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes.”. Vê-se, diante disso, que os sistemas brasileiro e lusitano se aproximam quanto a este ponto, visualizando, por óbvio, a indiscutível influência do ordenamento português no texto do atual CCB. Ver Silva Pereira (2015, p. 36).

posteriormente, tem o condão de afastar a sanção, restaurando a legitimidade para suceder<sup>44</sup> (conforme art. 1.818 do CCB; art. 2038º do CCP).

Sinteticamente, define Pamplona Corte-real (2012, p.185), enfim, conglobando a totalidade dos pressupostos da vocação sucessória, que

“o conteúdo jurídico da vocação é um poder originário, através de cujo exercício se concretiza, ou não (pelo repúdio), a aquisição (via de regra, a transmissão) sucessória. É um poder instrumental que se extingue automaticamente pelo seu exercício. Dir-se-á mesmo não ser por isso concebível que um sucessível disponha *inter vivos* ou *mortis causa*, gratuita ou onerosamente, do respectivo *jus delationis*, porque ao fazê-lo estará implicitamente a exercê-lo, estará, inclusive, como melhor se verá, a aceitar tacitamente a herança ou legado (cf. art. 2056º e 2057º) a que foi chamado.”.

Para efeito de continuidade, a aquisição sucessória é, afinal, o tema que abordaremos em seguida.

A aquisição sucessória, apesar de não guardar maiores complexidades na sua configuração, promove o distanciamento dos sistemas ora contrapostos, rendendo consequências ímpares a cada um destes modelos.

Do lado brasileiro, a aquisição sucessória opera-se automaticamente com a abertura da sucessão, ingressando o sucessor na posse do acervo hereditário, sem que para isso seja praticada qualquer formalidade. Adota-se, neste ordenamento, o *droit de saisine*<sup>45</sup>. Este preceito, transportado do direito francês<sup>46</sup>, encontra-se expressamente positivado no CCB, ao prescrever em seu art. 1.784 que “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A imperativa transmissão da herança aos sucessores, fazendo-os investirem na titularidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido (desde que transmissíveis), conduz à criação da fictícia imagem de transferência do acervo pelo próprio *de cujus* aos seus herdeiros,

<sup>44</sup> Caio Mário da Silva Pereira (2015, p. 40) sintetiza a consequência do ato de reabilitação, afirmando que “com o perdão, far-se-á perpétuo silêncio sobre o fato, não se reconhecendo nos coerdeiros *legitimatío ad causam* para reabrir o debate. Morto o ofendido, a abertura do testamento ou a divulgação do ato autêntico importa necessariamente em carência de ação.”.

<sup>45</sup> De acordo com as lições de Orlando Gomes (2012, p. 20): “O fim da regra que prescreve a transmissão hereditária *instantânea, ipso jure*, é evitar qualquer hiato entre a *delação* e a *aquisição da herança*. Opera-se a aquisição antes da aceitação. Os termos da disposição legal são peremptórios. Comínio e posse adquirem-se, de pleno direito, pelo simples fato da abertura da sucessão.”. Neste mesmo sentido, conclui Mathias Coltro (2007, p. 28) que “nosso código adotou, conforme se percebe, a doutrina da *saisine*, segundo a qual o herdeiro sucede o falecido e não é preciso para isso de qualquer ato específico nem de que o sucessor tenha ciência a respeito do fato de ter sido aberta a sucessão[...]”.

<sup>46</sup> Assente na máxima *le mort saisit le vif*, o *droit de saisine* consta no Código Civil daquele país, no art. 724, tendo como redação a seguinte: “Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l’obligation d’acquiescer toutes les charges de la succession”.

pois no plano fático este princípio desconsidera, inclusive, a ignorância daqueles quanto ao falecimento<sup>47</sup>.

Por mais dificultosa que seja a visualização da referida transferência perpetrada automaticamente na abertura da sucessão, principalmente quando postos diante dos casos de desconhecimento do óbito pelos herdeiros, precisa-se conceber que o legislador apenas cria uma ficção jurídica para evitar o temido hiato nas relações assumidas pelo falecido. É o que salientam Cahali e Hironaka (2014, p. 38), ao esclarecerem que “o que corre, em verdade é uma ficção jurídica: a transmissão da herança se faz *ipso jure*, para preservar a necessária continuidade na titularidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido, que não podem ficar acéfalas”<sup>48</sup>.

Como se vê, este modelo de aquisição sucessória imediata, com a transmissão instantânea no momento da abertura da sucessão, atende perfeitamente ao ideal sucessório da *continuidade*, conferindo maior segurança ao indicar, de imediato, os legitimados a assumirem a vacância deixada pelo autor da herança. Nele, a aceitação terá uma função unicamente confirmativa, enquanto o repúdio afigura-se como condição resolutiva da aquisição<sup>49</sup>.

Clara, neste sentido, é a lição de Itabaiana de Oliveira (1952, p. 82) ao esclarecer o processo que permite a imediata transmissão da herança, prelecionando que “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, sem necessidade de ato algum de seu sucessor e ainda que este ignore, autorizando este fato que o herdeiro entre na posse da herança da pessoa falecida como seu continuador”.

---

<sup>47</sup> Como salientam Cahali e Hironaka (2014, p. 37): “Sem solução de continuidade, pois as relações jurídicas não podem ficar privadas de um titular, opera-se *ipso jure*, com o falecimento, a transmissão da herança; e esta substituição, do *de cuius* aos seus herdeiros, se faz automaticamente, no plano jurídico, sem qualquer outra formalidade, ainda que, no plano fático, os sucessores ignorem o falecimento. Para o direito, o próprio falecido transmite aos sucessores o seu acervo patrimonial. Este é o chamado *droit de saisine*”. Ver, ainda, Gonçalves (2012, pp. 38-39).

<sup>48</sup> Pamplona e Gagliano (2014, p. 61) ressaltam o aspecto assumido pelos herdeiros quando incide o princípio da *saisine*, estabelecendo o estado da titularidade da propriedade dos bens que compõem o acervo hereditário: “O princípio da *saisine* não dá ao sucessor, herdeiro ou legatário, direito imediato a bem exclusivo da herança. Com a abertura da sucessão, os herdeiros, como dito acima, passarão a ter um direito meramente abstrato, calculado em fração do patrimônio transferível, e, mesmo que seja herdeiro único, o exercerá em face da universalidade de bens deixados, não sendo permitido, a nenhum dos sucessores, portanto, sem a devida autorização judicial, enquanto não concluído o procedimento de arrolamento ou inventário, alienar bem exclusivo da herança.”

<sup>49</sup> Neste particular, discorda deste entendimento Pamplona Corte-real (2012, p. 272), defendendo o modelo de aquisição sucessória adotada pelo direito português, e criticando o formato germânico – que, frise-se, assemelha-se àquele seguido pelo ordenamento brasileiro, onde funciona “o repúdio como condição resolutiva dessa aquisição (e a aceitação como um acto meramente confirmativo da mesma)” –, por considerar a solução “mais consentânea, não só com a essência de uma vocação sucessória, naturalmente ineficaz, se não for positivamente exercida, como ainda com a própria situação de indivisão em que se encontra a herança ou, por fim, com a pragmática desnecessidade de uma destruição retroactiva de efeitos aquisitivos desde logo produzidos.”

Os efeitos provenientes desta forma de aquisição são extremamente relevantes, pois servem para fixar alguns aspectos cruciais da própria sucessão: determina a capacidade sucessória do herdeiro; estabelece a lei aplicável à data da sucessão; autoriza a transmissibilidade do quinhão pelo sucessor (através de cessão de direitos hereditários); estabelece o termo para admitir o recebimento da herança pelos herdeiros do sucessor, também falecido.

O direito português guarda uma peculiaridade neste ponto, pois não segue o processo de aquisição automática empregado pela lei brasileira (art. 1.784 do CCB). A norma lusitana exige a aceitação para que haja a aquisição sucessória, não sendo suficiente a condição de herdeiro para ocorrer a transmissão automática do patrimônio<sup>50</sup>. É o que expressamente vem consignado no art. 2050º/1 do CCP: “O domínio e posse dos bens da herança adquirem-se pela aceitação, independentemente da sua apreensão material.”.

A propósito, o ato de aceitação no sistema lusitano configura-se como a condição da aquisição sucessória, e não apenas como a confirmação da mesma. Além disso, em que pese falar em ingresso na titularidade das relações jurídicas deixadas pelo *de cuius* com o ato de aceitação, numa característica eminentemente potestativa, a própria lei defere a retroação dos seus efeitos à data da abertura da sucessão. Todavia, não é isto suficiente para confundir os modos de aquisição sucessória, a ponto de querer configurar como automática a modalidade assumida pelo CCP.

Enfim, a distinção evidenciada entre os ordenamentos luso e brasileiro, neste particular, é simplesmente caracterizada entre a forma de aquisição sucessória automática do CCB e da aquisição por ato de vontade (potestativa) do CCP.

---

<sup>50</sup> Para facilitar a visualização e compreensão das formas de aquisição sucessória, Oliveira Ascensão (2000, pp. 437-438) elenca os modelos utilizados: “Esquemáticamente, podemos reduzir a três os processos previstos nas várias ordens jurídicas para conduzir à aquisição sucessória: 1) Aquisição automática. A sucessão seria adquirida, de facto, no próprio momento em que se desse o chamamento do sucessível, independentemente pois de uma manifestação de vontade por parte deste. 2) *Aditio* ou aceitação. A sucessão está pendente, à disposição do sucessível até este, por mera manifestação de vontade, a fazer sua. 3) *Saisine* ou investidura. Exige-se um acto de autoridade para operar a transferência da sucessão para o património do herdeiro.”.

## Parte II

### A POSIÇÃO DISTINTA DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO LEGITIMÁRIO/NECESSÁRIO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

#### 5. A METAMORFOSE DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA: DA RESIDUAL PARTICIPAÇÃO DO CÔNJUGE AO PRIVILÉGIO NA SUCESSÃO LEGITIMÁRIA E OUTRAS GARANTIAS

Nem sempre a ordem de vocação hereditária foi delineada da forma que hoje se apresenta. Por mais que, tendencialmente, reconhecamos a face *vetusta* do Direito das Sucessões<sup>51</sup>, nem todos os seus aspectos permaneceram imutáveis, enclausurados nos contornos legislativos construídos em tempos remotos. Em algum momento o legislador vislumbrou a inafastável urgência da reconstrução de preceitos sucessórios, sob forte ingerência das transformações sociais (nomeadamente aquelas perpetradas no Direito de Família), e operou-a paulatinamente na ordem de vocação hereditária, como se demonstrará a seguir.

Consequentemente, o chamamento/vocação à sucessão da forma hodiernamente exposta não decorre da conservação dos preceitos provenientes das codificações precedentes. Tanto no Brasil como no ordenamento lusitano, o cônjuge era subjugado em detrimento dos laços biológicos que uniam o *de cuius* aos seus ascendentes, descendentes e colaterais (cujo chamamento sucessório já alcançou o 10º grau, preferindo ao cônjuge parentes que o falecido sequer manteve o mínimo contato em vida). O que se presencia nos Diplomas Civis das pátrias-irmãs, ao revés, tem uma conotação de igualdade valorativa entre consanguinidade e afetividade.

Em resumo, a impertinência que saltava desta imagem não poderia, nem deveria, se perpetuar. Imbuído, deste modo, da exigência jurídica, fomentada pelos anseios emergentes da realidade social, onde não caberia preterir a comunhão plena de vida típica da relação conjugal, foram paulatinamente promovidas sucessivas modificações nos textos normativos dos

---

<sup>51</sup> Apesar da evidente constatação do estaque formato do fenômeno jurídico-sucessório que percorreu séculos a fio, a sua designação através de uma “face *vetusta*” está recheada da crítica negativa pelo retrocesso observado em toda a sua constituição atual. O Direito das Sucessões há muito não corresponde, na quase totalidade dos seus pontos, à perspectiva social hodierna de respeito à tipologia aberta da formação familiar, tampouco da transmissão da titularidade das obrigações do *de cuius* aos seus sucessores (sejam eles legítimos, legitimários ou testamentários), além de outras incongruências que adormeceram esquecidas há algumas centenas de anos, enquanto deveriam acompanhar a perene e contínua evolução do Direito. Visualizamos este pensamento, a toda evidência, através das ideias de Pamplona Corte-Real (*Relatório da Faculdade...*, 1996, pp. 138), quando assevera: “De um modo ou de outro, parece possível concluir-se que, mesmo a esse nível, e no tocante à relevância sucessória dos vínculos familiares enquanto factos designativos, se nos deparam divergências mais ou menos acentuadas, que denunciam precisamente algumas hesitações sobre o grau de afirmação social e jurídica da chamada família nuclear”.

dois países, atingindo o seu apse com a identidade (e seus efeitos) consagrada nas codificações ora em vigor (Código Civil Brasileiro de 2002 e Código Civil Português – pós-Reforma de 1977).

## 5.1. O CÔNJUGE SOBREVIVO NO DIREITO PORTUGUÊS – DO CÓDIGO DE SEABRA AO ESTÁGIO ATUAL

### *a) A realidade normativa do Código Português de 1867 (Código de Seabra)*

Como reflexo da presuntiva salvaguarda patrimonial do cônjuge sobrevivente com a meação – decorrente da concomitante dissolução do vínculo conjugal e abertura da sucessão no momento da morte –, o Código Civil Português de 1867 (Código de Seabra) incluiu o consorte na quarta classe da sucessão hereditária, figurando após os descendentes, ascendentes e os colaterais até o sexto grau<sup>52</sup>, atribuindo-lhe a qualidade de herdeiro legítimo (ou seja, condicionando os seus direitos sucessórios à inexistência de disposição testamentária).

Sustentava-se, à época, que a assunção da comunhão geral como regime supletivo de bens (art. 1108.º do Código Civil português de 1867<sup>53</sup>), a permitir ao viúvo beneficiar-se de metade de todo o patrimônio do casal, seria suficiente para abarcar as presunções *contributiva* do casamento e *protetiva* do sistema sucessório<sup>54</sup>, sendo dispensável a cumulação das posições de meeiro e herdeiro.

---

<sup>52</sup> Neste período, o receio do legislador de alçar o cônjuge a posição de destaque na vocação hereditária, como atualmente se observa, adviria da extrema necessidade de garantir a transferência patrimonial dentro do mesmo núcleo familiar, preservando-o da translação para o núcleo do cônjuge, cuja inexistência de consanguinidade não o concedia a legítima identidade familiar. Portanto, buscava-se elidir, a todo custo, a entregar ao consorte do patrimônio do *de cuius*, somente admitindo esta concessão em último caso, ou seja, diante da ausência de descendentes, ascendentes e colaterais até sexto grau do autor da herança.

<sup>53</sup> **Art. 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.

<sup>54</sup> Coaduna esta assertiva Espinosa Gomes da Silva (2011, p. 95) ao dispor que “um dos poucos aspectos em que a doutrina converge, relativamente à matéria, do património, é no afirmar da existência de certas funções do património: uma *função interna* de suporte material para a vida da pessoa, e uma *função externa*, de garantia comum dos credores do seu titular. A perspectiva que se utiliza, neste momento, é a função interna”. Ademais, a conclusão por uma perspectiva protetiva do sistema sucessório não retira a finalidade do direito das sucessões, residente na solução para a continuidade do tráfico jurídico patrimonial quando da morte de determinada pessoa. Este fim encontra-se esclarecido por Oliveira Ascensão (2000, p. 11) ao destacar que: “O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.”. Nas palavras de Espinosa Gomes da Silva (2001, p. 93), os fundamentos da herança são os seguintes: “A sua existência permite prolongar artificialmente o património do autor da sucessão, e, assim, resolver as duas principais questões deste ramo do direito: a dispersão do património pessoal, evitada pela herança jacente e pela atribuição do mesmo em *bloco* ou por quotas, e a tutela dos credores do defunto, substituindo ao velho um ou vários novos devedores, e oferecendo, na medida do possível, a mesma garantia patrimonial.”. Bem assevera neste sentido, a respeito da finalidade do fenómeno sucessório, Sousa Leal (2004, p. 59): “O fenómeno sucessório visa, essencialmente, assegurar que certas relações jurídicas não se extingam com a morte de seu titular, dando-lhes uma continuidade

De outro modo, em que pese a aludida falta de prestígio do cônjuge na vocação sucessória, gozava o vivúvo de benefícios outros, sendo-lhe asseguradas garantias mínimas, tais como: o direito ao usufruto total ou parcial da herança (arts. 1995º e 1999º - ascendentes legítimos – e 2003.º, § único – irmãos e seus descendentes)<sup>55</sup>; o direito a alimentos a serem prestados pelos descendentes do hereditando; e o direito de apanágio, sendo alimentado o consorte sobrevivente pelos rendimentos da herança de quem se beneficiasse da mesma, desde que comprovada a necessidade de seu recebimento (art. 1231.º do Código de Seabra<sup>56</sup>).

Extraem-se deste panorama, por evidente, algumas características da situação jurídica sucessória do cônjuge perante aquele corpo normativo: *a)* o ideal de projeção dos efeitos *post mortem* do estatuto patrimonial do casamento; *b)* irrelevância do elo conjugal em detrimento dos vínculos biológicos; e *c)* a consequente compensação patrimonial pela eleição da comunhão geral como regime supletivo de bens através da impositiva participação sucessória residual do cônjuge.

Sendo estes os principais aspectos do regime sucessório construído naquele período, urge contrapô-los, a fim de evitar, nos textos normativos subsequentes, a reiteração dos equívocos observados.

*A priori*, deve-se afastar, de imediato, a possibilidade de compensação da posição sucessória do consorte sobrevivente pela atribuição da sua meação, operação realizada através do regime de bens (que o permitam). A abstrata presunção de amealhar patrimônio porventura existente concentra a ideia de contributividade dos cônjuges, não sendo suficiente para suplantar o pressuposto *protetivo* da sucessão em favor dos herdeiros, consectário da ocorrência de evento inesperado, qual seja, a morte<sup>57</sup>. Explique-se.

---

mediante a atribuição da sua titularidade a outro, ou outros sujeitos, e evitando, assim os prejuízos económicos e sociais resultantes da sua extinção.”

<sup>55</sup> Neste sentido, bem observa França Pitão (2005, pp. 15 – 17).

<sup>56</sup> Dispunha o mencionado dispositivo: “**Art. 1231.º** Fosse qual fosse o contracto do dissolvido casamento, o cônjuge, que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistência terá direito de ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem.”

<sup>57</sup> Sousa Leal (2004, p. 50) comunga desta percepção a respeito da proteção do cônjuge no Código de Seabra, ao dispor que: “Com o Código Civil de 1867 o cônjuge passou a beneficiar de situação sucessória mais favorável na sucessão legítima [...]. Contudo, gozava ainda de fraca proteção e, para a sua subsistência, dependia essencialmente da meação nos bens comuns (o regime supletivo de bens era, na altura, a comunhão geral de bens), o que o colocava em situação particularmente difícil quando não existissem bens a partilhar.” E, complementa (LEAL, 2004, p. 52), afirmando: “O legislador parecia considerar que o regime supletivo de bens (comunhão geral de bens), ao proporcionar ao cônjuge sobrevivente a meação nos bens comuns, era suficiente para assegurar a sua subsistência após a morte do seu consorte, razão pela qual não lhe eram atribuídos quaisquer direitos na sucessão testamentária, não sendo, por isso, herdeiro legítimo. Caso o regime de bens não fosse suficiente para acautelar a sobrevivência do cônjuge, este podia lançar mão do direito a alimentos a prestar pelos descendentes, ou do direito de apanágio, exigível a qualquer dos beneficiários da herança e consistente no direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens desta.”

A concessão da dita “meação” a cada um dos cônjuges quando da ocorrência do fim do casamento – e, via de consequência, atingindo o termo *ad quem* da vigência do regime de bens – tem um razão de ser. Em sua essência subsiste um elemento teleológico bem definido, de modo a não resumi-la a uma simples técnica de divisão patrimonial.

Com a instituição da partilha igualitária do patrimônio comum, adquirido na constância da relação (salvo algumas exceções, taxativamente insculpidas na norma civilista), procurou-se estabelecer uma *presunção contributiva mútua*, assente na pressuposição de esforço comum dos consortes para a construção daquele acervo. Por consequência, ante equitativa participação de ambos, não justificaria a desequilibrada distribuição quando do término do vínculo conjugal.

Através deste critério, independente de quem promoveu a aquisição de determinado bem, título ou crédito, ainda que constante nos respectivo registros a titularidade singular de um dos cônjuges, a presunção de mútua participação predetermina a comunicabilidade deste acervo.

Isto é o que se observa expressamente na norma brasileira atualmente em vigor, o art. 1.829 do CCB, ao associar a participação sucessória do cônjuge à escolha de determinados regimes de bens, confundindo, com isso, as verdadeiras razões que estruturam as condições de herdeiro e meeiro do cônjuge sobrevivente. Este assunto será abordado mais a frente, sendo suficiente, neste momento, salientar a orientação seguida pelo sistema brasileiro, subjacente na presuntiva compensação patrimonial da sucessão pela preexistência da meação. Naquele ordenamento há, contudo, referência explícita à esta vinculação, enquanto que no Código de Seabra esta compreensão se extraía da interpretação sistemática do diploma civilista.

Retornando ao Código de Seabra, costumava-se, ainda, fundamentar este preceito pela desnecessidade de contribuição financeira de ambos os consortes, pois a sua colaboração poderia ser efetivada de outras formas. Assim, a participação seria nomeadamente *existencial com reflexos patrimoniais*, pois condizente com a manutenção da tranquilidade do outro cônjuge por meio da realização dos serviços domésticos, apoio psicológico, cuidado diuturno da prole, atitudes que evitariam o desvio do seu par do foco na aquisição da riqueza, permitindo-o indiretamente impulsionar o incremento patrimonial, mas consignada como uma contribuição direta para este fim<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> Há quem sustente, também, que esta presunção possuía um caráter eminentemente protecionista da mulher, tendo em vista que naquele período ela ainda não havia ingressado no mercado de trabalho, existia uma evidente desigualdade entre os sexos, onde a família se caracterizava pelo patriarcalismo, subsistindo sob a chefia do homem, que exercia a função de mantenedor financeiro do núcleo familiar. Por isso, era fundamental positivar, mesmo que de forma implícita, a garantia de sua participação no patrimônio constituído durante a relação, de

De fato, estríamos diante de evidente reafirmação normativa de um dos pressupostos essenciais do casamento, a comunhão plena de vida, extensível não só ao aspecto existencial, mas, também, na seara patrimonial.

Com isso, este elemento finalístico aponta um critério de contributividade mútua do casal na formação do patrimônio comum, assumindo, sob este pressuposto, as obrigações contraídas para atender os encargos da família. Isto deve ser ponderado no fim da relação conjugal, de modo a evitar prejuízos para qualquer dos consortes quando da extinção do vínculo. Somente assim, ressalvadas as especificidades de cada um dos regime de bens, poderá haver um equilíbrio abstrato na partilha dos bens comuns entre os consortes, preservando a proporcionalidade do esforço empreendido na construção do patrimônio comum.

De forma diversa, a sucessão tem por finalidade alcançar a última vontade do *de cuius*, declarada através do testamento ou demais liberalidades feitas em vida; ou presumida pela previsão legal, tornando indisponível parcela do acervo hereditário, que constitui a legítima, a ser atribuída aos designados pelo taxativo rol sucessório.

Aliado a este objetivo, além do imediato subingresso dos sucessíveis no pólo das relações jurídicas antes ocupado pelo falecido, o legislador contorna uma razão de fundo principalmente para a sucessão legitimária, conenstânea na proteção daqueles que possivelmente ainda viveriam às suas expensas, ou que naturalmente beneficiaria com tranferência patrimonial, como é o caso dos seus descendentes, ascendentes e do cônjuges.

Com isso, subentende-se que a raiz da sucessão legitimária tem caráter eminentemente protecionista (não excluindo o aspecto de preservação do patrimônio familiar), visando salvaguardar os entes mais próximos do autor da herança, que a eventualidade da morte não permitiu, sobremaneira, favorecer direta e discriminadamente. Estabelece-se, por consequência, um critério *protetivo*<sup>59</sup>, que não coincide com o cariz contributivo presente na meação.

Tudo isso foi dito para diferenciar as posições sucessórias assumidas pelo cônjuge na abertura da sucessão. Mesmo que assumidas simultaneamente, há de se distanciar as condições de meeiro e herdeiro do viúvo, a fim de não prosseguir pela inadequada operação de *compensação patrimonial*, pautada na exclusão sucessória pela prévia atribuição da meação.

---

forma a evitar que ficasse desamparada quando o varão viesse a faltar, já que o sistema sucessório subjugava a sua participação incluindo-a em posição posterior aos próprios colaterais.

<sup>59</sup> Pamplona Corte-real (1989, p. 39) esclarece esta função protetiva do direito sucessório, ao salientar que: “[...] o direito das sucessões oscila numa conciliação (estranhamente contraditória) de dois valores antinômicos: a *liberdade de testar*, corolário de uma visão <<miticamente>> empolada do princípio da autonomia da vontade, nomeadamente se perspectivada *mortis causa*, e a *proteção da família*, máxime da *família nuclear* no campo da sucessão legitimária, instituição chave de todo um mecanismo sócio-económico.”.

À título exemplificativo, imagine-se que o acervo construído por dado casal, regidos pelo regime da comunhão universal/comunhão geral, fosse integralmente gravado com cláusulas de incomunicabilidade ou decorresse esta da própria natureza da aquisição do bem ou crédito (proveniente de doação em favor do falecido ou recebimento de herança), sendo, por consequência, a propriedade exclusiva de todo o patrimônio do *de cujus*<sup>60</sup>. O resultado da partilha de bens seria, deste modo, a outorga da totalidade do acervo em benefício do extinto, diante da inexistência de patrimônio comum a ser amealhado.

Sendo assim, como a dissolução do vínculo conjugal se confundiria com a abertura da sucessão, em razão da coincidência dos seus fatos geradores (a morte), a herança seria formada pela integralidade do patrimônio, que não seria dividido entre o casal, por ser exclusivo do *de cujus*. Em nova oportunidade, o cônjuge não participaria também da distribuição patrimonial sucessória, sendo desconsiderado de forma ambivalente, tanto pela inobservância do critério contributivo como da presunção protetiva da sucessão.

Isto se daria, objetivamente, porque a designação sucessória legal do Código de Seabra não arrolava o cônjuge sobrevivente na primeira classe dos sucessíveis. Este diretriz era proveniente, como dito, da enganosa presunção de que já se encontraria protegido e suficientemente agraciado pela meação. Como resultado, a inexistência de patrimônio a ser amealhado e a sua manutenção nas últimas classes de vocação hereditária lhe extirpariam a garantia do patrimônio que, ao menos, ajudou a preservar.

Some-se a isto o ideal de projeção dos efeitos do estatuto patrimonial do casamento para depois da morte. Tratando-se de inquietação a ser aprofundada mais adiante, neste momento, satisfaz reconhecer que o ideal implementado na essência da formatação sucessória do Código de Seabra preconizava a projeção dos efeitos do regime de bens do casamento para depois da morte, a partir de quando admite uma pretensa “compensação patrimonial sucessória do cônjuge” pela suposta meação proveniente do término do enlace conjugal. Com esta lógica normativa, novamente o Diploma português do século XIX conjuga os efeitos de posições com finalidade diversas, o fim do casamento e a abertura da sucessão.

#### *b) O tímido avanço do Código Português de 1966*

Por sua vez, o Código Civil Português de 1966, dando nova oportunidade ao legislador de rever as incoerências do corpo normativo a ser substituído, optou por insistir na

---

<sup>60</sup> De acordo com o art. 1.668 do atual CCB: “São excluídos da comunhão: I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; [...]”.

preterição do vínculo conjugal pelos laços biológicos do *de cuius*. A inovação desta codificação se resume à redução do grau de colaterais do sexto para o quarto<sup>61</sup>, guardando a posição do cônjuge no chamamento sucessório, na quarta classe e apenas a título universal, sucedendo descendentes, ascendentes e irmãos (ou seus descendentes) do falecido (conforme redação original dos arts. 2133º e 2147º)<sup>62</sup>.

Manteve-se, aqui, a ideia do enclausuramento do patrimônio no mesmo organismo familiar<sup>63</sup> - numa perspectiva patriarcal e hierarquizada -, pautado na presunção de esforço unilateral (pelo acesso restrito da mulher ao mercado de trabalho) do varão e influenciado pelas disposições dos textos codificados anteriores, prevalecendo os laços de consanguinidade, como ocorrera com o Diploma que substituiu.

Sob este entendimento, o legislador entendeu preferível estagnar o cônjuge no quarto lugar na ordem sucessória, tido somente como herdeiro legítimo, o que permitia que o *de cuius* o excluísse totalmente da sucessão por meio do testamento, ao dispor da totalidade dos seus bens. Em suma, era evidente a distinção feita entre a constituição do elo familiar, preferindo o biológico ao afetivo.

Mesmo diante da resistência em reconhecer a relevância dos laços afetivos frente ao consanguíneo, conservando a residual condição sucessória do viúvo, o Código lusitano pretendeu contrabalançar esta carência protetiva através da manutenção do direito ao usufruto<sup>64</sup> vitalício da herança (desde que chamados à sucessão os irmãos do falecido, ou seus

---

<sup>61</sup> Quanto à redução do alcance da sucessão dos colaterais, comenta Castro Mendes (1981, p. 19): “[...] a restrição ao 4.º grau da classe dos colaterais sucessíveis, que não sejam descendentes de irmãos. Pareceu que, nos tempos actuais, se não justificava o chamamento dos colaterais em 5.º e 6.º grau, primos segundos e terceiros, por nenhum dos fundamentos da sucessão legal – nem a vontade presumível do testador (que aliás sempre poderá fazer testamento), nem qualquer espécie de *officium pietatis* ou solidariedade familiar, a esse grau já muito esbatida. E a clássica correspondência alimentos-sucessões (*ubi emolumentum successionis, ibi et onus alimentorum*) também implicaria aqui não ultrapassar o 3.º grau.”

<sup>62</sup> Na pontual crítica de Leite Campos (2012, p. 601): “O saldo do Código de 1966, em relação ao de 1867, era, assim, nitidamente desfavorável ao cônjuge sobrevivente. Este perdia sua meação da globalidade do patrimônio conjugal e mantinha uma posição sucessória apagada, substancialmente idêntica à anterior.”

<sup>63</sup> Saliente-se que, naquele período, a família era vista como a “grande família”, composta por todos os parentes consanguíneos – inclusive os irmãos e colaterais, independente de possuírem os seus próprios núcleos – e chefiada pelo *pater familias*, razão pela qual o legislador preconizava a proteção do patrimônio preferencialmente a eles, em detrimento do cônjuge, pois, na forma atual, os bens recebidos podem circular para fora deste organismo, a partir do momento em que ingressam na esfera pessoal do consorte do falecido, que pode ter sucessores exclusivos.

<sup>64</sup> Irretocável a crítica de Capelo de Sousa (2006, p. 1319): “[...] há que responder que o usufruto, para além de querer manter, nomeadamente, uma prevalência dos irmãos e seus descendentes face ao cônjuge, traduz uma solução obsoleta, porque vai longe o tempo das famílias patriarcais, da grande família, os irmãos e os próprios descendentes e ascendentes dispersam-se face à globalização actual, enquanto o cônjuge é que acompanha dia a dia a vida do *de cuius*. Velhas ideias, como a garantia da troncalidade e a permanência dos bens da mesma estirpe familiar, não se compadecem com as situações actuais da vida moderna. Por outro lado, também acontece que, no nosso sistema jurídico actual, se um casamento vai até à morte de um dos cônjuges, é porque esse casamento *persistiu*, sobreviveu a bastantes vicissitudes e nele se cumpriram os deveres de auxílio mútuo e outros deveres pessoais e patrimoniais relevantíssimos.”

descendentes – art. 2146.º da redação originária<sup>65</sup>). Junto a esta figura do cônjuge, agora tido como usufrutuário do acervo hereditário, preservou-se em seu favor o direito de apanágio.

Em verdade, entendeu o legislador ser suficiente a atribuição destas garantias ao consorte, ao passo que resguardou o impedimento à transmissão da propriedade, consagrando, assim, a ideia de circulação interna do patrimônio, na defesa da transferência intrafamiliar, evitando, por conseguinte, a sua movimentação para fora do *círculo da família de cujus*<sup>66</sup>.

Contudo, a identificação como usufrutuário assegurava ao viúvo, ao menos, a condição de legatário, permanecendo inalterada, no entanto, a sua condição de herdeiro legítimo, e não legitimário. Ocorre que, naquela época já era notória a ideia da *família-nuclear*<sup>67</sup>, onde os consortes apresentavam maior grau de proximidade entre si do que com qualquer outro membro da família (descendentes, ascendentes ou colaterais), pois eram eles que compartilhavam os momentos mais íntimos das suas vidas. Diante deste cenário, será que não seria devida ao cônjuge a atribuição do direito de propriedade sobre a herança do seu parceiro como ocorria com os demais sucessores? Quanto à sua classificação na ordem de vocação hereditária, caberia adormecer esquecido até a inexistência de colaterais de quarto grau?

---

<sup>65</sup> Acerca dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, comenta França Pitão (2005, p. 22): “[...] Levantou-se ainda a hipótese de, ficando só com o usufruto dos bens, o cônjuge ter direito a, mediante autorização judicial, vender certos bens, em caso de necessidade urgente, criando-se assim um regime semelhante ao dos fideicomissos e da sucessão contratual.”. Algumas vozes da Comissão redatora já demonstravam indícios da necessidade de inclusão do cônjuge como herdeiro legitimário, atribuindo-lhe a propriedade plena de determinada quota hereditária, posição adotada somente em momento posterior, com a reforma realizada em 1977.

<sup>66</sup> Expressão cunhada por Galvão Telles (2004, p. 47), ao defender a preferência pelo usufruto vitalício da herança, em detrimento da concessão da propriedade ao cônjuge sobrevivente: “[...] constitui grande e pernicioso absurdo atribuir ao cônjuge (seja homem ou mulher) a legítima em *propriedade*. Se o cônjuge se torna *proprietário* dos bens integrantes do seu quinhão legitimário, pode livremente dispor deles, ainda em vida, a favor de quem quiser; e, por sua morte, tais bens seguirão o curso que lhes couber segundo as regras da sucessão legal ou testamentária, curso que eventualmente os afastará do *círculo da família do cônjuge* a que primeiro pertenciam.”. Sinceramente, pela nova concepção de família-nuclear, não compreendemos a incongruência na possível circulação do patrimônio com a sucessão do consorte sobrevivente. Salienta, neste sentido, Sousa Leal (2004, p. 93): “[...] na versão originária do Código Civil de 1966 era possível detectar também uma forte influência do sistema germânico, traduzida na protecção que era dispensada aos herdeiros legitimários no sentido de manter impreterivelmente os bens dentro da mesma família [...]”.

<sup>67</sup> Esta é a definição utilizada por Castro Costa (2010, p. 9), que utilizaremos neste estudo, considerando o cônjuge como “único componente estável e essencial da família nuclear, consagrada pela Constituição Federal [...]. Os filhos, em determinado momento, desprender-se-ão da entidade familiar originária com o fito de formar a própria família.”. Reafirma este entendimento Leite Campos (2012, p. 602), comentando acerca do período em que foi elaborado o Código Civil português de 1966, mas aplicando-se à situação em exame: “O tecido entre pais e filhos apresentava uma textura mais débil. A convivência era menor; os filhos saíam mais cedo de casa e mudavam mais frequentemente para localidade diversas. Cada cônjuge aparecia, não só nos princípios mas também na realidade, o familiar mais próximo do outro.”. Também ressaltam este contexto Paula Távoro Vítor e Rosa Cândido Martins (2009, p. 761): “No contexto do Direito das Sucessões, a influência de tal modelo também se fez sentir e, consequentemente, ‘a posição do cônjuge sobrevivente melhorou significativamente por toda a parte, à custa dos parentes do *de cuius*’. Assim, seguindo a ‘tendência de horizontalização’ no seio da família, a nova posição jurídica do cônjuge sobrevivente veio garantir-lhe uma importância e uma dignidade acrescidas dentro do grupo familiar.”.

c) *A atual e efetiva proteção do cônjuge sobrevivente após o Decreto-lei nº 496/77 – o estado sucessório atual*

Finalmente, com as alterações promovidas pelo Decreto-Lei nº 496/77 todas as indagações acima suscitadas foram positivamente respondidas. As modificações substanciais perpetradas por este pacote de medidas enfim conferiram ao cônjuge a posição e o privilégio que efetivamente correspondem à sua posição no seio familiar. Senão vejamos.

De início, logo se observa que a posição sucessória do cônjuge foi alçada a primeiro plano, conferindo-lhe, a partir deste momento, o direito de propriedade sobre parte dos bens, e não mais o mero usufruto<sup>68</sup>. O consorte foi qualificado como herdeiro legitimário (art.º 2157.º) e passou a assumir a condição de herdeiro concorrente, compartilhando as duas primeiras classes de sucessíveis com descendentes e ascendentes (art. 2133.º/1). Além disso, assumiu a posição de herdeiro legitimário exclusivo e total, na falta daqueles que consigo concorrem (art. 2133.º/2)<sup>69</sup>.

Compreendeu-se, enfim, a proximidade entre os vínculos biológico e conjugal, flexibilizando o aprisionamento patrimonial albergado na consanguinidade, reafirmando a importância do cônjuge no contexto familiar<sup>70</sup> ao adotar uma nova concepção de família, agora

<sup>68</sup> Para Galvão Telles (2004, p. 26) agiu equivocadamente o legislador, pois defendia a suficiência da atribuição do usufruto ao cônjuge, para evitar a circulação patrimonial para outra família consanguínea que não fosse a do morto. Expressamente, preclara o Autor: “Cumpra no entanto ponderar que, após o Decreto-Lei nº 496/77, o cônjuge passou a ser *herdeiro legitimário* – o que aplaudimos francamente, mas não nos *termos excessivos* em que a solução foi consagrada.”

<sup>69</sup> O Diploma Civil português seguiu a tendência de outros textos civis europeus, como, por exemplo, os Códigos Espanhol (art. 807.º - “*Son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y Descendientes. 3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.*”) e italiano (art. 536.º - “*Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.*”) Para Espinosa Gomes da Silva (1981, p. 60), com a alteração do Código Civil português colocando o cônjuge em posição de concorrência com descendentes, ele assumiu lugar na primeira classe de sucessíveis, devendo ser dado “tratamento, *quantitativa e qualitativamente* igual ao dos outros membros da família que estão na primeira classe.

<sup>70</sup> A Exposição de motivos do Decreto-lei nº 496/77 trazia em seu texto a seguinte justificativa: “A família tende hoje a concentrar-se no núcleo constituído entre o cônjuge e os filhos; para além deste núcleo, só os que conservam a possibilidade de efectivas relações pessoais com o *de cuius* devem ser chamados a suceder-lhe. Entre eles se contam, por certo, os parentes em linha recta, bem como os irmãos e seus descendentes. Quanto aos restantes colaterais, afigura-se que, para além do quarto grau, não existirão em regra aquelas efectivas relações familiares que justificam a atribuição de direitos sucessórios.” Destacando a necessidade de valorização das relações matrimoniais que sobrevivem até o falecimento de um dos consortes, Capelo de Sousa (2006, p. 1320) postula: “Ora, estando hoje em Portugal o divórcio extremamente facilitado, há que presumir que são sólidos e profícuos os casamentos dissolvidos por morte de um dos cônjuges.” Há uma menor intervenção estatal na tentativa de regular estas situações, facilitando a dissolução dos vínculos conjugais, deixando mais para as partes a decisão de se manterem casados. Assim, como optaram por permanecerem unidos “até que a morte os separem” conclui-se que o elo formado entre eles permite deduzir como última vontade do *de cuius* a proteção do consorte supérstite. Acerca do contexto atual, fazendo referência ao modelo familiar antigo, conclui França Pitão (2005, p. 38): “... hoje já não é possível manter, impreterivelmente, os bens dentro da mesma família no momento da morte de uma pessoa.”

nuclear<sup>71</sup>. Este é, portanto, o formato observado na atual redação do Código Civil<sup>72</sup>.

Nada obstante a sacralização do matrimônio, que influenciou as circunstâncias fático-jurídicas da realidade social contemporânea da elaboração das leis civis anteriores, o cônjuge não ocupava posição de destaque quando do falecimento do seu consorte, acreditando carecerem de proteção, primordialmente, os descendentes, ascendentes e irmãos do *de cuius*.

Olvidava-se da intrínseca relação matrimonial, onde o casal compartilhava os momentos mais íntimos das suas vidas, prevalecendo sobre este pensamento a criação de um obstáculo à circulação patrimonial *exógena*, numa suposta proteção da instituição da família pela transferência dos bens que compunham a herança preferencialmente entre os consanguíneos.

Com as alterações procedidas em 1977, o legislador lusitano corrigiu algumas das incongruências das codificações anteriores, procedendo, de logo, à inclusão do cônjuge em posição sucessória paritária aos descendentes, ou em alguns momentos até mais privilegiada (v.g., a reserva da quota-parte de um quarto, quando concorre com quatro ou mais descendentes comuns do autor da herança – art.2139º/1)<sup>73</sup>.

A introdução do cônjuge no rol de herdeiros legitimários o faz participar da legítima global de dois terços da herança, quando em concorrência com descendentes – art. 2159.º/1 – (com a ressalva da reserva hereditária mínima da legítima quando se tratar de herdeiros comuns) ou com ascendentes – art. 2161.º/1 –, reduzindo-se para metade do patrimônio do *de cuius* se remanescer como sucessor legitimário exclusivo (art. 2158.º).

Este é o atual panorama da situação do cônjuge no direito português, que abordaremos no curso deste estudo, ponderando a adequação dos termos que regem a situação do cônjuge, basicamente quando em concurso com os demais legitimários, não deixando de

---

<sup>71</sup> Sobre o contexto familiar delineado nesta época, afirma Leite Campos (2012, p. 602): “É certo, porém, que a família se centrava progressivamente na família conjugal, com os cônjuges constituindo, não tanto um núcleo central, pois sempre o tinham sido, mas quase que o núcleo exclusivo, o que exigia uma consideração particularmente cuidadosa dos laços entre eles.”

<sup>72</sup> Já na justificativa da Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 496/77 sustentava-se que “decorre que ao cônjuge, entrado na família pelo casamento, deve caber um título sucessório semelhante em 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.”. Comentando esta orientação adotada pelo atual CCP, Capelo de Sousa (2004, p. 902) leciona: “Sendo o esforço familiar de natureza e objectivo grupal e orientado para a sobrevivência, desenvolvimento e propagação dos familiares existentes e futuros, é lógico que, sem prejuízo de uma certa autonomia da vontade dos autores das heranças, o chamamento à sucessão se processe prioritariamente a favor dos familiares sobreviventes mais próximos.”

<sup>73</sup> Na justificativa da Exposição de motivos do Decreto-Lei nº 496/77 sustentava-se que “decorre que ao cônjuge, entrado na família pelo casamento, deve caber um título sucessório semelhante em 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.”

tocar outras questões atinentes à matéria. Mas, teria sido semelhante trajeto traçado pelo fenômeno jurídico-sucessório brasileiro com relação ao viúvo?

## 5.2. O VIÚVO NO DIREITO BRASILEIRO – DO PRIMEIRO CÓDIGO CIVIL ÀS INOVAÇÕES NA PERSPECTIVA ATUAL

### a) *O Código Civil de 1916 e a residual participação sucessória do cônjuge sobrevivente*

Ressucitando as ponderações do Código de Seabra, pois guarda forte semelhança com o modelo sucessório adotado pelo antigo Código português (sem abstrair as influências das codificações lusitanas subsequentes), a estruturação do fenômeno jurídico-sucessório brasileiro superou estágios bem definidos na participação sucessória do cônjuge, até erigí-lo à posição atualmente ocupada na sucessão do seu par. O *iter* percorrido foi longo e a ascensão à conotação atual construída de forma gradativa, tanto que o resultado do presente concurso com descendentes e ascendentes (além da sucessão a título universal em terceira classe) somente se estabeleceu há pouco mais de dez anos, no Código Civil de 2002.

A toda evidência, o direito sucessório brasileiro caminhou de mãos dadas com o lusitano em grande parte da sua formulação. E quanto à inserção e consequentes adaptações da participação sucessória do cônjuge não seria diferente. As alterações ocorridas em Portugal muitas vezes ressurgiam – por mera transposição – no ordenamento brasileiro e vice-versa, demonstrando uma comunicabilidade dual, mesmo que implícita, das diretrizes que regeriam a sucessão destes países.

Por isso, como visto no sistema português, também por razões socioculturais, no Brasil o cônjuge não ocupava, no princípio, o lugar de destaque na sucessão que hoje detém.

Anteriormente, quando sequer possuía uma codificação civilista própria e no período que inaugurou esta identidade normativa, nas Ordenações Filipinas (1603)<sup>74</sup> e nas Consolidação das Leis Civis (1858), o cônjuge sobrevivente possuía posição sucessória quase nula. Nestas Ordenações, nomeadamente no Título 94, Livro 4<sup>75</sup>, o marido ou esposa

---

<sup>74</sup> No Brasil, a organização do primeiro Código Civil foi determinado na Constituição Imperial de 1824, sendo aplicado, por este motivo, o regime das Ordenações Filipinas até a aprovação do Projeto que originaria o primeiro Diploma do país, consubstanciado no Código Civil de 1916 (Código Beviláqua).

<sup>75</sup> Segue o texto do referido dispositivo, *in verbis*: “**Título CXIV. Como marido e mulher sucedem hum a outro** – Fallecendo o homem casado *ab intestado*, e não tendo parente até o decimo grao, contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com elle estava e vivia em casa teúda e manteúda, 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 manteúda, como marido com sua mulher, se ella primeiro falecer sem herdeiro até o dito decimo grao. E nestes casos não terão que fazer em taes bens os nossos Almojarifes.”. Na

sobrevivente somente sucederia em caráter universal, em classe posterior aos descendentes, ascendentes e colaterais até o 10º grau, e desde que ao tempo da morte convivessem com o *de cujus* sob o mesmo teto. A esta hipótese se resumia a participação do consorte na sucessão legal do seu par (salvo disposição de liberalidades – previsão em testamento, doações e etc.), acrescida, porém, pelo direito de usufruto.

Neste formato, parentes com os quais o *de cujus* normalmente não mantinha contato ou sequer nutria o afeto que, comparativamente, destinava ao seu cônjuge, poderiam herdar a totalidade dos bens da herança, enquanto aquele que compartilhava diariamente o leito consigo sucumbia sem qualquer proteção<sup>76</sup>. Uma incongruência evidente que precisava urgentemente ser corrigida, mas que permaneceu por longo período regulamentando a transferência patrimonial da sucessão *ab intestato*<sup>77</sup>.

Este panorama foi mantido após mais de dois séculos, quando a própria edição da Consolidação das Leis Civis não operou qualquer alteração (conforme se verifica dos seus arts. 959 e 973, precisamente pela ordem de vocação inserta no art. 959), transpondo intacta a redação pensada no século XVII. A injustiça social legitimada no texto normativo em vigor arrastava-se por séculos a fio, como reflexo da visão individualista fincada na sociedade da época.

A isto se deve a forte influência exercida pelo direito sucessório português, precisamente na edição da vocação hereditária, que no período que precede o primeiro Código Civil brasileiro foi modelo para as tentativas de codificação que se seguiram.

Somente nas proximidades do Diploma de 1916 o legislador brasileiro começou a se libertar das amarras lusitanas, criando alguma independência normativa, sem perder,

---

explanação do próprio ordenamento, exemplificadamente, colocava-se como parentes de 10º grau o 8º sobrinho e o 7º primo, que herdariam preferencialmente caso remanescessem com o cônjuge como sucessíveis.

<sup>76</sup> Autor do Projeto de Lei que deu origem ao Código Civil Brasileiro de 1916, Clóvis Beviláqua (1938, p. 95) já criticou a situação jurídico-sucessória do cônjuge no ordenamento vigente no Brasil no século XIX, fundamentando a necessidade de tê-los como concorrentes em primeira classe com os descendentes, assinalando que: “Os cônjuges devem achar-se numa situação tal que pela força vinculadora dos sentimentos affectivos e pela haarmonia dos interesses possam apresentar-se como uma individualidade biológica, embora composta. A Bíblia chamou-os a formar um só corpo, - *caro uma*; a sciencia não trepida em considera-los a individualidade biológica primaria, sob a responsabilidade em um Jaeger. Não poder ser preferidos na sucessão por qualquer categoria de parentes, e só devem deparar concorrentes na linha recta descendente e ascendente.”

<sup>77</sup> Anote-se a crítica de Teixeira de Freitas (2003, pp. 32-33) à inexistência de um ordenamento originariamente brasileiro: “Nunca tivemos Código Civil, e se tal reputássemos o corpo das Ordenações Filipinas, ou antes o 4º Livro delas, que mais se dedicou aos contratos e sucessões, estaríamos ainda assim envolvidos na imensa teia dsa leis extravagantes, que se tem acumulado no decurso de mais de dois séculos e meio., Também não existe um só escritor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse a corrigir e ordenar o Direito Pátrio(...) tudo concorreu para que os nosso Juristas carregassem suas Obras de materiais estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As coisas têm chegado a tal ponto que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadiram.”. Compartilhamos, ainda, da assertiva de Zeno Veloso (2010, p. 17) quando afirma: “É curioso: 400 anos depois entraria em vigor, no Brasil, um novo Código Civil, que, em muitos aspectos, adotou princípios e regras das velhas Ordenações do Reino.”

contudo, a conectividade com as influências de quem já havia, inclusive, regido o direito civil pátrio por um longo período. Conclui-se, na precisão de Carvalho Neto (2007, pp. 91-92) que

[...] desse período da história do direito civil brasileiro, ter-se seguido, bem de perto, o direito português no tocante à ordem de vocação hereditária. Como regra, desde a Consolidação de Teixeira de Freitas, adotou-se a idéia de que o cônjuge herdava após os colaterais, que tinham vocação hereditária até o décimo grau, à exceção do Projeto de Coelho Rodrigues, que limitou ao oitavo grau. Somente com o Projeto Felício dos Santos, secundado pelo Projeto Beviláqua, alterou-se essa ordem, passando-se o cônjuge à frente dos colaterais. Este último fez mais: adiantou o que de fato só ocorreria um século mais tarde com o novo Código, estabelecendo concorrência do cônjuge com os herdeiros das primeiras classes, proposta esta não acolhida à época.

Ou seja, conquanto a inalterabilidade destas premissas no texto da Consolidação das Leis Civis, a modificação quanto à sucessão do cônjuge não tardou a se concretizar, mesmo que de maneira tímida e incipiente.

Apesar das críticas comandadas por Clóvis Beviláqua (1938, pp.155-156), autor do CCB do século XX, afirmando que no 10º grau de colaterais “não se distingue mais o parente do conterrâneo”, ressaltando a distância entre o *de cuius* e esta classe de sucessíveis, a mudança na ordem de vocação hereditária teve origem anterior ao Código Civil de 1916. Antes da sua entrada em vigor, o Decreto nº 1.839, de 31 de Dezembro de 1907 (reconhecido como “Lei Feliciano Pena”, em homenagem ao seu autor) inseriu o cônjuge na terceira classe de sucessíveis, na falta de descendentes e ascendentes, e ainda limitou o alcance sucessório dos colaterais para o sexto grau<sup>78</sup>.

O Código Beviláqua, por sua vez, já vigente em menos de uma década após esta alteração, manteve o teor do novel chamamento sucessório, preestabelecendo o consorte em terceiro lugar (segundo o rol do seu art. 1.603<sup>79</sup>), antecedendo aos colaterais, sob a condição de não estar dissolvida a sociedade conjugal na época da morte (art. 1.611, com a posterior alteração da Lei nº 6.515/77<sup>80</sup>). Entretanto, o cônjuge ainda não aparecia como herdeiro necessário, podendo ser afastado pelas disposições testamentárias ou em vida do autor da herança (permanecia como sucessor facultativo)<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Constava do texto do Decreto nº 1.839/1907 o seguinte teor: “**Art. 1º.** Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao conjuge sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.”

<sup>79</sup> **Art. 1.603.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - Aos descendentes; II - Aos ascendentes; III - Ao cônjuge sobrevivente; IV - Aos colaterais; V - Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União; V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

<sup>80</sup> **Art. 1.611.** 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.

<sup>81</sup> Composto esta exceção, direcionada ao regime de bens supletivo à época (art. 258 do CC de 1916), o legislador lhe concedeu um “mínimo existencial” à sobrevivência, subjacente no direito real de habitação ao imóvel destinado à residência da família, quando ele fosse o único bem a inventariar. Criticando a restrição feita por este dispositivo

No que se refere aos colaterais, o que inicialmente restou trazido da Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839/1907) não sobreviveu às críticas doutrinárias, posteriormente ratificadas e positivadas em sucessivas modificações legislativas. A situação inaugural que estendia a proteção sucessória até o sexto grau findou com a redação definitiva dada pelo Decreto-lei nº 9.461 de 15 de Julho de 1946, limitando ao quarto grau o chamamento dos colaterais sucessíveis (tio-avô, sobrinho-neto, primos)<sup>82</sup>.

*b) O cenário atual da situação jurídico-sucessória do cônjuge no direito brasileiro – o traço peculiar da exclusão sucessória pelo regime de bens*

Acompanhando a tendência dos ordenamentos de origem franco-romano-germânicas, consentânea das codificações alienígenas dos séculos XIX e XX, o diploma jurídico-sucessório brasileiro (à semelhança da positivação portuguesa, com o Decreto-lei nº496/77), no Código Civil de 2002, incluiu o viúvo como concorrente dos descendentes e ascendentes nas duas primeiras classes de sucessíveis, além de figurar como exclusivo na terceira posição (art. 1.829), qualificando-o, também, como herdeiro necessário (art. 1.845).

No atual diploma, além de reconhecê-lo como um dos integrantes da sucessão necessária, o legislador tornou o cônjuge “herdeiro necessário privilegiado”<sup>83</sup>, uma vez que o coloca nas três primeiras classes dos sucessíveis, reduzindo significativamente as possibilidades de excluí-lo da sucessão, hipóteses que agora se resumem à indignidade (art. 1.814) e deserdação (art.1.961 e segs.)<sup>84</sup> – *heterônomas*, pois independem da sua vontade – e à renúncia (art. 1.806 e segs.) – *autônoma*, porquanto carente de atividade volitiva própria.

---

ao regime da comunhão universal, Zeno Veloso (2010, p. 22) assevera: “Eram necessários dois requisitos para que o direito real de habitação fosse atribuído: o casamento sob o regime da comunhão universal de bens – sempre critiquei que o benefício tivesse tal restrição, entendendo que devia ser instituído independentemente do regime de bens do casamento – e que o espólio tivesse somente esse imóvel residencial.”

<sup>82</sup> Desta forma, dispunha a redação final da referida norma: “**Art. 1.612.** Se não houver cônjuge sobrevivente, ou êle incorrer na incapacidade do artigo 1.611 serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.” Impende salientar que, em alteração anterior àquela que concebeu o texto definitivo (Decreto-Lei nº 8.207 de 22 de Novembro de 1945), fora prevista a sucessão dos colaterais até o terceiro grau (litando aos tios e sobrinhos).

<sup>83</sup> Expressão utilizada por Zeno Veloso (2010, p. 32), quando afirma: “[...] o CC não erigiu o cônjuge à condição de herdeiro necessário apenas, mas à de herdeiro necessário privilegiado, pois concorre com os descendentes e com os ascendentes do *de cuius*.”. Concorde com este privilégio Berenice Dias (2013, p. 62): “Os benefícios do viúvo vão além da condição de herdeiro necessário. Ele foi elevado à condição de herdeiro concorrente, participando da ordem sucessória juntamente com os descendentes e ascendentes.”. Pontifica, ainda, Salomão Leite (2008, p. 63): “Comparando-se o Código Civil de 1916 ao Código Civil em vigor, é perceptível a evolução no sentido de um aumento da tutela sucessória conferida ao cônjuge supérstite, fato que deve ser elogiado, por estar em consonância com a noção moderna de família nuclear e por ir ao encontro dos mandamentos constitucionais [...]”.

<sup>84</sup> Considerando a inexistência de previsão expressa quanto à deserdação do cônjuge, Carvalho Neto (2007, p. 156) segue pela sua inaplicabilidade: “Não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges. Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro

Há, todavia, uma disposição peculiar constante na construção normativa do CCB de 2002, que merecerá especial atenção neste estudo, a exclusão sucessória do cônjuge pelo regime de bens. Após os ajustes promovidos na posição do consorte frente à sucessão, o legislador brasileiro associa a vocação do viúvo na sucessão legal à um pressuposto por via negativa, consistente na opção por determinados regimes de bens não elencados no art. 1.829, I, do CCB.

Sob esta nova face, consectária da evolução paulatina do cônjuge no fenômeno jurídico-sucessório, outras indagações serão suscitadas quando vislumbrada a sucessão do viúvo ante os demais termos do sistema brasileiro. Para respondê-las, recorreremos à interpretação exaustiva do regramento posto à disposição, mas recorreremos às soluções engendradas pelo sistema português ou mesmo sugerindo possíveis construções legislativas, para retificar os equívocos que o esforço hermenêutico não consiga diluir.

Como elemento visível das ditas modificações, salta aos olhos a tríplice inclusão do consorte supérstite nas três primeiras classes de sucessíveis. Há uma verdadeira ampliação da posição do cônjuge como sucessor, em relação a codificações anteriores. Mas, com esta nova roupagem, qual seria a sua identificação na hierarquia sucessória?

---

necessário, não pode ser deserddado.”. Entretanto, diante da disposição do art. 1.961 do CCB, s referenciando aos “herdeiros necessários” sem limitá-los, entendemos possível a deserdação do cônjuge, desde que se apliquem as hipóteses previstas nos arts. 1.962 e 1.963 compatíveis com a sua condição, que se restringiriam aos dois primeiros incisos, concernentes na “ofensa física” e na “injúria grave”. Caso seguissemos pela impossibilidade de deserdação, aceitaríamos o recebimento da respectiva quota por consorte que tivesse praticado uma destas condutas, a nosso ver incompatíveis com a manutenção da posição sucessória, traduzindo-se em evidente enriquecimento ilícito, por receber benefício patrimonial por tais atos. Compartilha deste entendimento Salomão Leite (2008, p. 66) afirmando, em síntese, que é “possível contornar a omissão legal mediante uma simples interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente. [...] Sendo o cônjuge um herdeiro necessário, evidentemente é atingido pela previsão citada.”.

## 6. A IDENTIFICAÇÃO DA POSIÇÃO DO CÔNJUGE NA HIERARQUIA SUCESSÓRIA

Diante da onipresença do consorte nas três primeiras classes da vocação sucessória (art. 1.829, I, do CCB), e isso não apenas quanto ao CCB, mas também relativo ao Diploma lusitano, que guarda estrita semelhança com o direito brasileiro quanto ao chamamento sucessório, onde o cônjuge ocupa praticamente as mesmas posições na sucessão intestada (art. 2133º do CCP), ainda se discute qual a sua posição na hierarquia sucessória,. Assim, seria o consorte configurado como herdeiro de primeira, segunda ou terceira classe? Além disso, quais as implicações relativas a esta constatação?

Como visto acima, a aproximação dos sistemas sucessórios em causa traz consigo a coincidência no regramento da sucessão legítima e, mais restritamente, a legitimária. De tal modo, tanto o CCB como o CCP possuem norma específica para determinar como se dá a preferência de classe e grau adentro da vocação sucessória, tendo relevância, basicamente, para um dos seus pressupostos (vistos no Cap. 4 da Parte I), a *posição de sucessível preponderante na designação sucessória*.

De acordo com a norma que rege estas preferências, assente na limitação ao chamamento imediato de todos os sucessíveis designados, somente será ultrapassada uma classe, em regra, quando esgotados todos os seus integrantes. Nos termos do art. 2134º do CCP, “os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatas”. E neste mesmo sentido aponta o ordenamento brasileiro, ainda que não contemple prescrição normativa expressa quanto ao esgotamento prévio antes de prosseguir para a classe seguinte, retirando-se esta conclusão da aplicação cumulativa dos arts. 1.829, 1.836 e 1.838 do CCB.

Apesar da imperatividade do aludido preceito, o caso do cônjuge sobrevivente comporta alguma exceção aos ditames da preferência de classes. Em termos sucintos, a sua vocação isolada, na ausência de descendentes e ascendentes, obedece estritamente esta imposição, porquanto somente lhe alcança após verificada a inexistência dos sucessíveis que consigo concorrem nas duas primeiras classes. Todavia, quando em concurso com descendentes ou ascendente a sistemática apresenta sensível diferença.

Não se trata, porém, de uma exceção interpretativa, retirada unicamente de uma leitura sistemática do fenômeno jurídico-sucessório. É uma exceção legal, positivada em ambos ordenamentos, de onde se extrai a peculiar situação do cônjuge quando em concurso com descendentes e ascendentes (art. 1.836 do CCB e arts. 2141º/2142º do CCP). Na apurada análise

de Oliveira Ascensão (2000, p. 335), “a demarcação destas classes está hoje obscurecida pela posição sucessória do cônjuge”.

A excepcionalidade da concorrência sucessória do cônjuge decorre da desnecessidade de exaurimento de uma das classes para prosseguir com a vocação da classe subsequente. Na primeira classe – e isto ocorre dos dois ordenamentos em causa, motivo da sua abordagem conjunta neste ponto – a inexistência de descendentes do falecido e a presença do cônjuge não congela a vocação sucessória, dando sequência ao chamamento sucessório. Constatada a ausência daqueles sucessíveis, mesmo diante da existência de herdeiro de classe anterior (neste caso, o viúvo) passa-se para a segunda classe, promovendo, sobremaneira, a vocação dos ascendentes para concorrerem com o cônjuge.

Visto isto, percebe-se que identificar a posição do viúvo na hierarquia sucessória implica uma ponderação específica. A partir do momento em que se admite a vocação de sucessíveis designados em classe subsequente, sem antes terem sido exauridos aqueles da classe prevalente, há como classifica-lo pela originária subsunção de todos os integrantes à classe atual? Ou somente será vocacionado na classe seguinte, quando efetivamente sucederá, ocupando posição apenas nesta linha?

É sob este prisma que deve ser examinada a específica situação do cônjuge.

Na seara do direito português, a complexidade desta identificação parece ter sido amenizada pela normatização da questão. O CCP traz regra expressa contemplando a identificação do viúvo na hierarquia sucessória, nomeadamente no art. 2133º/2, que especificamente prevê: “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”. Através deste dispositivo, o legislador buscou pôr um fim a esta celeuma, forjando uma natureza híbrida, diante da qual se admitiria a pertença às duas primeiras classes<sup>85</sup>.

A imperatividade normativa não retira, contudo, a necessidade da interpretação das circunstâncias atinentes ao tema em causa, porque mais importante do que a rasa resposta pela subsunção da norma ao problema é a sua efetiva compreensão.

Como é sabido, ao figurar o cônjuge nas duas primeiras classes inaugurou-se a concorrência sucessórias entre categorias diferentes. Antigamente, somente era possível o concurso entre os herdeiros que guardavam identidade de grau e vínculo com o hereditando, mantendo-se a singularidade na classe. Agora, com a novel formatação, associando o cônjuge

---

<sup>85</sup> Assim interpretam Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 218), constatando que esta “é, realmente, a *nova* posição do cônjuge sobrevivente, na 1ª e na 2ª classes dos sucessíveis legítimos, ao lado dos descendentes e dos ascendentes do *de cuius*[...]”.

aos descendentes e ascendentes, há o chamamento simultâneo de sucessores de qualidades diversas, sem afastar a sua vocação a título universal (na ausência daqueles com quem concorre), o que o faz aparecer designado em três classes. Diante deste novo panorama, pode-se dizer que o consorte é o “herdeiro concorrente por excelência”.

Ciente desta tríplice participação do cônjuge, Oliveira Ascensão (2000, p. 335) sistematizou a designação sucessória nas três classes da seguinte forma: “1ª – caracterizada pela concorrência de descendentes, haja ou não cônjuge; 2ª – caracterizada pela presença de ascendentes, haja ou não cônjuge; 3ª – integrada pelo cônjuge somente, pressupondo-se que não concorrem descendentes e ascendentes”.

Vemos, portanto, que a diferenciação a ser realizada não pode partir unicamente da sua designação sucessória, pois esta admite que ele conste nas três classes concomitantemente, posto que se trata de mera indicação da posição relativa ao chamamento na abertura da sucessão. A verdadeira análise deve partir da vocação hereditária, averiguando o preenchimento dos respectivos pressupostos em cada classe, mais precisamente *a condição prevalente de sucessível na designação sucessória*, pela importância que detém para a dissolução do dilema.

As situações que corroboram para identificação do cônjuge na hierarquia sucessória são três: quando concorre com descendentes, em primeira classe; em concurso com ascendentes, em segunda classe; herda a título universal, terceira classe.

Aberta a sucessão, e mantido o vínculo matrimonial, o cônjuge só não será chamado a suceder se ausente a capacidade sucessória, que pode inclusive ser declarada em momento posterior. Diz-se isto porque a mera *existência* do cônjuge (no momento do chamado) já pressupõe a colmatação do pressuposto que lhe segue, a titularidade de condição prevalente de sucessível, haja vista a sua designação em todas as classes nas quais poderia estar habilitado.

Sendo assim, promovida a vocação do cônjuge e existentes os descendentes, ocupará lugar na primeira classe de sucessíveis, a título de herdeiro concorrente. Na ausência dos descendentes, mas subsistindo ascendentes do *de cujus*, seu chamamento se dará em razão da designação sucessória na classe subsequente, preenchendo, por conseguinte, a segunda classe de sucessíveis, junto com os ascendentes, também como herdeiro concorrente. Finalmente, herdando a título universal, haverá a sua vocação na terceira classe, tendo em vista ocupar sozinho este espaço.

Em razão disso, como a designação do cônjuge na vocação hereditária ocorre de dois modos, herdeiro concorrente e universal, também a sua vocação deve ter em conta estas posições. Não cabe, portanto, uma visão dissociada na hierarquia sucessória, estando atrelada

à ocupação pelo viúvo de três postos da cadeia sucessória, requisitando uma interpretação conjunta.

Enfim, enquanto herdeiro concorrente o cônjuge pertence às duas primeiras classes, pois entendimento contrário não permitiria a sua vocação para suceder em concurso com descendentes e, muito menos, com ascendentes. A sua condição de sucessível nas duas primeiras classes depende da existência de outros sucessores, fato que afasta a alegação no sentido de que a ausência daqueles com quem concorre o tornaria sucessor de primeira ou segunda classe, a título singular. Neste caso, a exceção é relativa apenas ao viúvo, porque na sua falta os demais herdeiros concorrentes sucederão a título universal, fixados como sucessores de primeira (descendentes) ou de segunda classe (ascendentes).

De outro modo, quando herda a título universal, o viúvo somente pode ocupar a terceira classe, posto que o seu chamamento está condicionado a ultrapassar as classes antecedentes, ou seja, constatando-se a ausência de descendentes, ascendentes e de si próprio, como herdeiro concorrente, rechaçado por ser-lhe impossível agora assumir esta identidade.

Disso decorre que o preenchimento do requisito da *titularidade de uma condição prevalente* pelo cônjuge ocorre de duas formas: na terceira classe obedece à regra geral, com a ressalva da estrita observância da sua qualidade de herdeiro universal; nas duas primeiras classes, condiciona-se ainda à existência de outros sucessores, sendo o concurso característica estruturante da sua essência, em virtude da sua qualidade de herdeiro concorrente.

Parece-me, diante deste cenário, que o cônjuge ocupa uma verdadeira *posição móvel* dentro da hierarquia sucessória, pois a sua designação compreende as três primeiras classes, tendo a peculiaridade de transpor-se entre estas sem perder a característica de ser titular de uma condição prevalente. Através disto, conclui-se pela presença tríplice do viúvo, posto que entendimento diverso conduziria à sua manutenção na primeira classe e conseqüente vocação dos demais sucessores para participarem consigo, uma verdadeira mitigação da regra geral da preferência de classes.

Visto isto, dessume-se que o cônjuge ocupa as três classes de sucessíveis – como se diz supra, na sucessão legítima –, não cabendo falar na sua pertença a apenas uma delas, e sim particularizar os casos da sua vocação, a partir da sua condição de herdeiro concorrente ou universal. Será de primeira classe como herdeiro concorrente e quando existentes descendentes; de segunda classe, guardando a identidade de sucessor concorrente, pois em concurso com ascendentes; se chamado à sucessão a título universal, identificar-se-á como herdeiro de terceira classe.

Destaque-se, por fim, que a qualidade de “herdeiro concorrente por excelência” do cônjuge no direito brasileiro aparece ainda relativizada. Não porque lhe é deferida a sucessão universal da herança da falta de descendentes, em primeira classe, ou de ascendentes, em segunda classe, obedecendo esta última a regra da vocação sucessória. A mitigação da exceção criada pelo concurso do cônjuge, no atual fenômeno jurídico-sucessório, consiste na inclusão de outra condicionante pelo legislador brasileiro, o regime de bens em vigor na relação com o *de cujus* no momento do óbito.

Afinal, pelas particularidades que envolvem esta problemática, não é suficiente uma simples digressão para compreendê-la. Torna-se fundamental abrir um capítulo exclusivo para aprofundar todas as nuances que circundam *a participação sucessória do cônjuge e a influência do regime de bens*. E este é o passo que daremos a seguir.

## 7. PARTICIPAÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE E A INFLUÊNCIA DO REGIME DE BENS: EXPLICITAÇÃO CENTRADA NO DIREITO BRASILEIRO

Compreende-se o regime de bens como o *estatuto que regulamento os interesses patrimoniais do casamento*<sup>86</sup>. Não se trata apenas de estabelecer fórmulas de divisão do acervo patrimonial construído pelo casal enquanto perdura o vínculo matrimonial. Mais do que esta simplicidade, as respectivas normas regulamentam as repercussões patrimoniais decorrentes da relação marital, com relação aos bens pretéritos, presentes e futuros, que no direito brasileiro surte reflexos, inclusive, após a morte de um deles, por condicionar a própria vocação sucessória do sobrevivente quando em concurso com os descendentes do falecido.

Nada obstante a discordância com a opção do legislador em atrelar a participação sucessória do cônjuge ao regime de bens do casamento, a aludida previsão normativa impossibilita a abstenção do seu exame, tornando fundamental enfrentá-la diretamente e as questões que a circundam, de modo a evitar equívocos suplementares àqueles já vislumbrados ao interpretar o excerto normativo.

Sendo assim, crucial imiscuir-se nos meandros desta curiosa previsão normativa, de forma a ponderar a viabilidade da sua aplicação e, de certo modo, aparar as incoerências da sua interpretação, afastando as inconveniências de alguma falta de rigor técnico na sua elaboração. Isto torna o Capítulo que ora se inaugura, no mínimo, intrigante.

Mesmo tendo a certeza da significativa interferência (mesmo que indireta) que os regimes de bens promovem na sucessão no direito lusitano, tendo em vista a coincidência entre o momento da dissolução do casamento – e, por consequência, o fim da vigência do regime de bens – e a abertura da sucessão, com o evento morte, nos limitaremos a abordar, no presente capítulo, o sistema jurídico-sucessório brasileiro, pois reside nele a associação entre a participação sucessória do viúvo e o estatuto patrimonial do casamento.

Como salientado, quanto ao presente tema a construção normativa brasileira é distinta do regramento português (conforme se demonstrará), já que este determina o chamamento sucessório do cônjuge em concurso com descendentes sem prestabelecer qualquer condição à participação sucessória, a não ser a coexistência dos herdeiros concorrentes (de título

---

<sup>86</sup> Para Fachin (1999, p. 156), o regime de bens é “mais que o complexo de normas sobre relações económicas. O Direito regula os efeitos que das relações decorrem sob a nomenclatura dos regimes matrimoniais de bens.”. Para Orlando Gomes (2002, p. 173) “regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges”. Também define desta forma Rodrigues (2004, p. 135) e Colani (2006, p. 151). Madaleno (2012, p. 14) entende “impensável, portanto, possa subsistir a entidade familiar destituída de um estatuto patrimonial para reger a administração dos bens e a participação financeira de cada um”.

de vocação diversos), mencionando apenas “cônjuge e descendentes” (art. 2133º/1, *a*, do CCP), sem qualquer ressalva em todo o seu sistema jurídico-sucesório.

Diversamente, não bastasse a estreita vinculação da vocação hereditária do cônjuge à existência de descendentes ou ascendentes, o Diploma civil brasileiro incluiu como condição *sine qua non* da sua participação sucessória a eleição de alguns regimes de bens, mas somente quando o concurso se dê em primeira classe.

Com esta sistemática, criou-se um requisito por via negativa, pelo qual será o viúvo chamado à sucessão *ab intestato* desde que *não* seja casado com o falecido pelo “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”.

Este método singular do CCB ainda suscita outros questionamentos, que se iniciam, de logo, na reformulação da originária visão da natureza jurídica do regime de bens. Seria ele puramente *inter vivos*, com eficácia projetada para além da vida ou estritamente *mortis causa*?

Por óbvio, a análise de alguns elementos precede a resposta a esta indagação, tendo em vista que a sua rasa compreensão não é suficiente para extirpar as dúvidas que pairam sobre a conexão que guarda com a sua influência no fenômeno sucessório. Vejamos.

Na sua origem, como acontece no CCP, o regime de bens não apresenta naturalmente uma eficácia ou, propriamente, uma natureza *mortis causa*. Em regra, a produção os seus efeitos têm início com o casamento, terminando no momento da dissolução do vínculo matrimonial, independente da causa que determine a sua extinção. Consequentemente, os reflexos não decorrem da sua prorrogação, pois, originariamente, a sua previsão é eleita para imperar, repise-se, enquanto vigente o elo matrimonial.

Excepcionalmente, admite-se a existência de condição suspensiva da eficácia deste instituto, como ocorre com a estipulação de regime diverso do supletivo através do pacto/convenção antenupcial, que subsiste na dependência da concretização do matrimônio. Contudo, não se vislumbra, normalmente, a possibilidade de projetar a produção das consequências patrimoniais para além da causa extintiva da união.

Desta forma, ao abrigo das disposições do Diploma Português, ordenamento que não atrela o chamamento hereditário ao regime de bens, é possível afirmar que a natureza jurídica ora perseguida consubstancia-se como puramente *inter vivos*, pois seus efeitos cessam no exato momento do término do vínculo conjugal.

Naquele ordenamento, a proteção do viúvo não conduz à inevitável comunicação patrimonial sucessória, mesmo que tenham escolhido a separação como regime de bens. Sendo assim, há um evidente distanciamento entre a eficácia produzida pelo regime de bens e pela abertura da sucessão, ainda que coincidam os momentos, respectivamente, do fim e do início da produção dos respectivos efeitos. Preservam-se, deste modo, as correlatas naturezas puramente *inter vivos* e *mortis causa* de cada um deles.

Esta mesma certeza não se retira da interpretação do texto do CCB, ante a situação ímpar da sistemática brasileira, sendo essencial uma análise mais detida das suas nuances, a fim de descobrir, ainda, quais as consequências para o fenômeno jurídico-sucessório.

Ao nosso ver, em opinião consentânea com o regramento lusitano, o regime de bens não deve ser considerado como instituto exclusivamente *mortis causa*, muito menos admitir a prorrogação dos seus efeitos na esfera sucessória, prolongando a produção da sua eficácia para além do término do casamento. Porém, pela limitação imposta pela norma positivada brasileira, somente é possível visualizar a sua natureza frente a uma destas alternativas.

Também na sistemática brasileira, afasta-se, de logo, a possibilidade de aceitação da sua natureza como estritamente *mortis causa*, posto que, por óbvio, a sua eficácia não está atrelada à condição suspensiva da morte, mas decorre da convergência de vontades do casamento. Considerar o regime de bens um instituto exclusivamente *mortis causa* é retirar-lhe a sua natural eficácia durante a vigência da união, o que seria inadmissível, diante da sua original construção para regulamentar o aspecto patrimonial do matrimônio.

Em razão disso, somente resta reconhecer a inegável natureza da sua eficácia como *inter vivos*, constatando o término da produção dos seus efeitos, se até o final do elo conjugal (como no CCP) ou projetado para momento posterior à sua extinção.

Assim, advém da técnica legislativa empreendida pelo CCB, consistente na associação da vocação sucessória do cônjuge ao estatuto patrimonial escolhido, a criação de uma natureza *inter vivos*, que, como veremos, consagra uma projeção dos efeitos para além da vida de um dos cônjuges. Saliente-se, por oportuno, que esta face tão somente concebe o prolongamento da sua aplicação para além da dissolução do vínculo conjugal quando a causa da sua extinção for a morte de um dos cônjuges, e não de forma irrestrita.

Quando a causa do fim do vínculo for a morte de um dos cônjuges, a abertura da sucessão coincidirá com este momento e os efeitos do regime de bens tenderão a ser prorrogados para o domínio do Direito Sucessório, interferindo diretamente na sucessão, dando indícios, desde logo, da sua natureza *inter vivos* com projeção da sua eficácia.

Neste modelo, não se fixa definitivamente o termo eficaz do regime de bens com a diluição do vínculo, já que por uma interpretação sistemática é preciso verificar em todo o ordenamento a existência de normas que determinem o seguimento da produção dos seus efeitos. No CCB, encontram-se nas normas sucessórias este óbice, impedindo a definitiva extinção da eficácia, haja vista que exigível a sua análise para o chamamento sucessório.

Portanto, a dissolução da união não irá finalizar o vínculo em seus aspectos pessoal e patrimonial, mas apenas servir para indicar término do primeiro, enquanto o segundo critério se arrastará até a vocação (ou não) do cônjuge supérstite. Aquele será o momento que definirá a separação, pelo aspecto patrimonial, das posições de meeiro e herdeiro do viúvo. Será, porém, tardio este instante, pois permissível da confusão destas duas posições na sua base, trazendo para o âmbito sucessório efeitos que não lhe competem, a exemplo do cômputo da meação do cônjuge sobrevivente como componente da herança.

De tal modo, diz-se que em *terra brasilis* o regime de bens regulamenta a relação conjugal, enquanto existente, influenciando, além da vocação do viúvo, a sucessão de terceiros (p. Ex. reserva mínima da quarta parte) porquanto prolongados seus efeitos para além da extinção da sociedade conjugal, após a morte<sup>87</sup>.

Explique-se: Considerando que a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente encontra-se condicionada ao regime de bens vigente à época do falecimento do seu consorte, a opção realizada quando da convolação das núpcias refletirá indiretamente na legítima subjetiva dos descendentes, uma vez que obedece à divisão por cabeça entre estes e o viúvo, aumentando, assim, a participação dos legitimários se presente uma das exceções enunciadas no art. 1.829, I, do Código Civil, que excluem o *herdeiro concorrente por excelência*, outorgando aos descendentes a intergalidade da quota indisponível.

Vê-se, pois, que o legislador, no transcrito art. 1.829, I, do CCB, inseriu condição adicional para a vocação do cônjuge, o aproveitamento de patrimônio decorrente da sua relação matrimonial<sup>88</sup>. E assim o fez, sem estabelecer qualquer ressalva para situações excepcionais, acreditando no alcance geral do caráter abstrato da norma, ou seja, quando pela sua aplicação não fosse conferido qualquer patrimônio ao consorte por meação (sendo que este pode,

---

<sup>87</sup> E sinalizam Chaves de Farias e Rosenthal (2015, p. 324) neste sentido: “Para além de regulamentar e parametrizar o cabimento e a extensão do direito meatório, o regime de bens da comunhão parcial ganhou relevância no campo do direito sucessório.”

<sup>88</sup> Compartilhamos, aqui, da agústia de Benedito de Oliveira (2008, p. 121), que em abordagem peculiar preclara: “[...] é de causar irritação o cipoal de condições para a concorrência do cônjuge com descendentes, na pendência do regime de bens do casamento (CC, art. 1829, *caput*), com omissões e desencontros dos respectivos efeitos jurídicos”.

inclusive, ter contribuído para a preservação dos bens), sequer teria acesso ao acervo através da herança.

Para este corpo normativo, em que pese a opção legislativa de alçar o cônjuge a posição de destaque na ordem de vocação hereditária (concorrendo com descendentes e ascendentes nas duas primeiras classes, e sendo herdeiro universal na terceira), conferindo-lhe o título de herdeiro legítimo/necessário, além de ter direito à aquisição da propriedade e não apenas o usufruto do acervo sucessível<sup>89</sup>, era fundamental reduzir a sua participação, no intuito de não legitimar demasiados benefícios em seu favor.

Porém, como poderiam ser minimizados os privilégios concedidos pelo Diploma Civil?

A resposta a esta indagação, nesta conjuntura, seria bem simples: basta inserir na própria norma disposições autolimitativas. De outro modo não agiu o legislador brasileiro. Insculpiu, portanto, no texto do prescritivo que regula a ordem de vocação hereditária, condições para a inclusão/exclusão sucessória do cônjuge, especificamente quando em concurso com descendentes. Logo após a designação sucessória em primeira classe dos descendentes em concorrência com o viúvo, faz as ressalvas limitadoras da vocação hereditária do viúvo, nomeadamente circunscritas a determinados regimes de bens.

Resta, no entanto, tentar descortinar qual a razão que motivou a construção normativa do chamamento do cônjuge desta forma, condicionando a sua participação sucessória ao regime de bens adotado com o falecido. A *ratio* desta disposição não nos parece, todavia, carecer de elevado esforço interpretativo.

O formato elaborado no CCB apresenta uma *ratio* peculiar, consistente na tentativa de estabelecer um suposto “equilíbrio patrimonial” entre os sucessível, promovendo uma compensação da meação recebida pelo cônjuge, retirando, por conseguinte, a sua participação hereditária, ou seja, buscando reduzir a totalidade do patrimônio recebido. Entretanto, esta atecnia normativa não se preocupa com a essência e a finalidade das transferências e individualizações patrimoniais, focando-se unicamente na operação de distribuição do acervo.

---

<sup>89</sup> Concordamos, pois, com a visão crítica de Maia Nevares (2015, p.160), quando defende a propriedade plena em substituição do usufruto do CCB/1916: “O novo diploma codificado, portanto, extinguiu a sucessão do cônjuge em usufruto. Esta encerrava uma proteção insuficiente e estática ao cônjuge sobrevivente, que muitas vezes é o mais desamparado em virtude da morte do consorte. De fato, o usufruto viúval representava ainda um privilégio para o vínculo de consanguinidade, pois sendo tal benefício vitalício, extinguiu-se com a morte do titular, evitando a transferência do patrimônio da família de um cônjuge para a família do outro, formada por novas núpcias do sobrevivente. Para uma tutela adequada do cônjuge supérstite, único componente fixo e essencial do núcleo familiar, pois os filhos se desprendem da família primitiva, formando suas próprias entidades familiares, é preciso que a ele seja garantida uma reserva hereditária em propriedade plena, como determina o Código Civil de 2002.”.

Na verdade, estabelece-se um método aritmético de equiparação das quotas patrimoniais recebidas pelo cônjuge e descendentes, utilizando-se de um elemento externo à sucessão para reduzir as disparidades patrimoniais porventura constatadas, em razão da atribuição de parcela eventualmente muito superior ao viúvo, caso admitida a cumulação da meação e da quota hereditária em seu favor.

O que se verifica, com isso, é a implementação de uma sistemática pelo legislador brasileiro, concernente na “compensação autolimitativa das posições jurídicas” ocupadas pelo cônjuge sobrevivente.

Neste método, visa-se unicamente o resultado alcançado com a comparação entre os quinhões dos descendentes e a quota do viúvo (composta pela meação ou meação+herança), partindo-se, contudo, da equivocada premissa de composição da herança pela soma da totalidade do patrimônio comum dos cônjuges (não só do falecido) e o particular do falecidos. Na precisa conclusão de Chaves de Farias e Rosenvald (2015, p. 325), “para o Código Civil, *onde se herda, não meia, e onde se meia, não herda*”<sup>90</sup>.

Através disto, crava-se um óbice à vocação sucessória do cônjuge supérstite por crer, abstratamente, que a quota referente à meação atenderia de maneira suficiente aos objetivos das duas relações (casamento e sucessão), tornando desnecessário o *quantum* que decorreria da sucessão.

Estaríamos, muito forçosamente, frente à tentativa de criação de um procedimento análogo à *imputação em Direito das Sucessões*. Considerando a integralidade do patrimônio partilhável do *de cuius*, sem exclusão da meação do cônjuge sobrevivente, a quota do viúvo seria a junção da meação com o seu virtual quinhão hereditário, o que o legislador enxergou como demasiado diante do quinhão dos demais herdeiros. Por conseguinte, ao ser preenchida ficticiamente a quota do viúvo com metade do patrimônio comum, afastar-se-ia sua vocação hereditária, pois o acréscimo deste quinhão faria ultrapassar o limite imaginado pelo legislador (provavelmente a metade do patrimônio partilhável), enquanto pretende a regra que os demais sucessores tenham quinhão numericamente próximo à parcela do consorte supérstite.

De modo bem simples, com a percepção da meação pelo cônjuge, este patrimônio já preencheria a quota patrimonial a que faria jus (porque baseada na unidade do

---

<sup>90</sup> Insta salientar a crítica feita por Benedito de Oliveira (2008, pp. 126-127) a este respeito: “Trata-se de disposição confusa nos seus termos e sem uma precisa linha de fundamento ou motivo norteador. A impressão é de que, havendo meação, não há direito de concorrer na herança, ou, por contrário, que não havendo meação, a concorrência tem lugar. Seria o lógico, embora nem sempre funcione dessa forma. Basta lembrar que o citado art. 1.829 excepciona o regime da separação obrigatória de bens, em que o sobrevivente não tem direito de meação e nem o de concorrer na herança. E omite o regime da participação final nos aquestos, como se admitisse concorrência, mesmo havendo meação [...]”.

acervo, somando-se as meações à herança e constituindo uma massa única), sendo-lhe vedado o recebimento da herança. Por outro lado, se o consorte sobrevivente não for meeiro (de todo o acervo ou de parcela dele), a sua quota apresentar-se-á vazia ou reduzida, dando ensejo ao chamamento hereditário para completá-la. Justamente por este motivo, assente na sobreposição das condições de meeiro e herdeiro, caracteriza-se esta operação como autolimitativa, aproximando-a estruturalmente da imputação.

Diz-se isto pela própria definição deste instituto, cuja especificidade determina sua delimitação conceptual singular, que jamais corresponderá fielmente à pretensão engendrada pela sistemática da conexão dos regimes de bens ao chamamento sucessório do cônjuge, sendo precisamente estabelecido o seu sentido por Pamplona Corte-real (1989, p. 54) como uma “operação de enquadramento na quota indisponível ou disponível, para efeitos de partilha, e ou de preenchimento efectivo da quota hereditária, ou mais restritamente da quota legitimária”.

Tem-se, aqui, uma mera tentativa de aproximação à imputação, posto que no caso vertente há apenas uma operação aritmética, com o deliberado intuito de equilibrar numericamente as quotas do viúvo e dos descendentes, sem qualquer substrato que justifique procedimento diverso, até mesmo a possibilitar uma efetiva imputação. Por desconhecer a fundo o citado instituto, o legislador enveredou por um percurso que lhe faltava intimidade, sendo certo que deveria haver uma análise mais acurada das peculiaridades desta área, posto que insuficiente o enquadramento de valores ou percentuais com o exclusivo objetivo de demonstração quantitativa da parcela recebida pelos herdeiros. Isto não corresponde ao instituto da Imputação, principalmente quando relativa ao direito sucessório.

Mais precisamente, e de forma equivocada, esta operação une o patrimônio comum, inclusive a meação do cônjuge sobrevivente, ao acervo hereditário, sem ao menos distinguí-los, formando um todo unitário. Por isso, o procedimento idealizado se propõe a alcançar o menor desequilíbrio possível, dentro desta massa patrimonial global, utilizando-se de técnica análoga à *imputação em Direito Sucessório* para afastar a cumulação das posições de meeiro e herdeiro pelo cônjuge.

Não haverá, neste caso, individualização da meação e herança, formando as duas uma única quota-parte a que tem direito o viúvo, em razão da morte do seu par, conjugados, acredita-se, pela coincidência do seu fato gerador (a morte), tendo ainda como fundamento, ratifique-se, uma aproximação matemática entre o patrimônio conferido ao cônjuge e aquele transmitido aos descendentes.

De logo, evidencia-se a falta de rigor técnico desta norma, precisamente por confundir a natureza diversa da meação do viúvo e a herança.

A parcela do acervo da comunhão conjugal destinada ao consorte supérstite não é adquirida apenas após o óbito do seu par, como acontece com o quinhão hereditário. A titularidade conjunta dos bens permanece desde a aquisição até a ocorrência de causa que determine a sua individualização, neste caso, a dissolução do vínculo, decorrente da extinção de um dos pólos da relação matrimonial. O que ocorrerá com a morte do cônjuge é a partilha dos referidos bens, de propriedade de ambos, e não a sua aquisição.

Portanto, não haveria, sequer, de ser incluído no referido cálculo, elocubrado pelo legislador brasileiro, os bens que preenchem a meação do viúvo, pois apesar de individualizado quando da abertura da sucessão, não compõe a herança.

Por outro lado, o quinhão hereditário, somente será efetivamente transmitido aos sucessores em decorrência da partilha de bens (quando ocorre a individualização e aquisição plena da propriedade), mesmo que retroativa à data da abertura da sucessão a titularidade das relações jurídicas (sendo que o subingresso na posição do *de cuius* nas relações jurídicas remonta à abertura da sucessão). Para os herdeiros, o acervo hereditário somente estará disponível a partir da abertura da sucessão, quando se constituirá a herança, esta sim devendo ser um todo unitário, composto unicamente pela meação do *de cuius* e seu patrimônio particular.

Não haveria, por isso, de servir como base para a justificativa da exclusão do cônjuge pelo regime de bens a alusão à meação, uma vez que não pertence à seara da matéria em questão. Na precisa definição de Carvalho Fernandes (1999, p. 332):

[...] em relação à posição do cônjuge, não se deve confundir a sua eventual posição de *meeiro* com a de *herdeiro*. No primeiro caso, está em causa a cessação da comunhão conjugal, quando exista, e a sua partilha, por efeito da morte do outro cônjuge. Estamos, pois, fora do domínio do Direito das Sucessões e perante um acto que cabe no âmbito do Direito da Família e, em si mesmo, é prévio à determinação da herança do falecido. De facto, nesta só cabem os bens que venham a preencher a sua meação<sup>91</sup>.

Não se admite, com isso, a frágil conclusão da exclusão sucessória pelo regime de bens (pela operação da compensação patrimonial), assente na ideia de que a meação dispensa a vocação hereditária do cônjuge. O patrimônio amealhado e destinado ao viúvo (seu titular desde a aquisição) não toca à discussão da transmissão da titularidade das relações jurídicas do

---

<sup>91</sup> Também faz esta distinção Zeno Veloso (2005, p. 248), declarando que: “Não se deve confundir meação com direito hereditário. A primeira decorre de uma relação patrimonial – condomínio, comunhão – existente em vida dos interessados e é estabelecida por lei ou pela vontade das partes. O segundo tem origem na morte, e a herança é transmitida aos sucessores conforme as previsões legais (sucessão legítima) ou a vontade do testador (sucessão testamentária.”.

*de cuius*, pois aquele advém do esforço empreendido pelo casal, tem a sua propriedade constituída no ato da sua aquisição – ainda em vida do falecido – e apenas se individualiza após a morte de um dos cônjuges, tendo, via de consequência, causa e objetivos estranhos ao direito sucessório.

Contudo, não apenas a este fundamento se restringe a finalidade da norma em apreço. A razão elucidada pertine mais detidamente à referência feita aos regimes da comunhão universal e comunhão parcial de bens. De modo algum poderia a exclusão do cônjuge casado pelo regime da separação obrigatória inferir como pano de fundo a perspectiva acima referenciada, consistindo numa compensação face ao recebimento da meação ou o chamamento pela sua falta, pois a comunicabilidade patrimonial não lhe é inerente e ainda assim inexiste a sua vocação sucessória. Diante disso, a sua inclusão como excludente do chamamento sucessório do viúvo está amparada em outros motivos.

A este respeito, parece o legislador se preocupar em retirar da escolha do regime de bens a presunção da vontade do falecido quanto à vocação hereditária<sup>92</sup>. Trata-se, sucintamente, de prorrogar os efeitos do estatuto patrimonial do casamento para além do término do vínculo, considerando-o legítimo instituto com repercussão *mortis causa*, numa virtual ultratividade da sua eficácia. Com o fim de revelar a vontade do autor da herança, o legislador brasileiro projeta o fundamento básico da separação (obrigatória) de bens na sucessão (ou seja, a intangibilidade do patrimônio adquirido por cada um dos cônjuges), descuidando da possibilidade de existência de razões diversas entre a eleição do regime de bens e inclusão/exclusão sucessória do viúvo (p. Exemplo, a proteção do patrimônio familiar em virtude da atividade profissional desenvolvida, v.g. empresários), como se verá mais detalhadamente a seguir.

Não é porque dado regime de bens do casamento preconiza uma incomunicabilidade patrimonial que a participação do cônjuge na sucessão do seu par deve ficar comprometida. Deve-se ressaltar, veementemente, que os seus efeitos perduram enquanto

---

<sup>92</sup> Assim compreende Berenice Dias (2007, p. 470), pois considera que a “escolha do regime de bens feita por ocasião do casamento rege a situação patrimonial do casal durante a vigência do matrimônio e quando da sua dissolução, por separação, divórcio ou falecimento de um dos consortes. Ocorrendo a morte de um, a identificação do regime de bens serve para sinalizar se o cônjuge sobrevivente tem ou não direito à meação. A depender do regime eleito, o viúvo faz ou não jus à meação; é considerado condômino de todo o patrimônio ou dos bens que foram adquiridos durante o casamento. Assim, não se pode falar em herança sem antes apartar a meação do sobrevivente, o que não se confunde com direito hereditário.”. Data vênica do entendimento da ilustre Professora, nos parece que estes fundamentos conduzem em caminho reverso, posto que a designação sucessória não está condicionada substancialmente à existência ou não da meação, sendo esta a orientação consagrada, a nosso ver de forma equivocada, pelo CCB.

subsistir o vínculo matrimonial, sendo cessada a sua eficácia, normalmente, com o término do casamento<sup>93</sup>.

Ademais, a razão da comunicabilidade do acervo matrimonial advém, basicamente, da presunção de esforço comum, ao passo que a sucessão se prende ao preenchimento do vazio deixado pelo *de cujus* nas relações transmissíveis, contém um caráter protetivo (mais vinculado à sucessão legitimária) – para não desamparar os sucessíveis legalmente designados – e o aspecto declarativo (testamentária) ou presuntivo (legitimária) da sua vontade – que nesta última pressupõe que ele desejaria favorecer aqueles por quem nutria mais afeto, seus consangüíneos (por via natural, biológica) e (juridicamente) o cônjuge.

Mesmo sob este entendimento, há ainda que referir ao motivo instrínseco na previsão da separação obrigatória de bens – cuja distinção com a subespécie da separação convencional será aprofundada no Capítulo seguinte – que, em verdade, pretende preservar a força coercitiva da “proteção” (verdadeira sanção nos incisos I e III, do art. 1.641 do CCB) como seu elemento substancial. Caso a norma sucessória admitisse a comunicabilidade patrimonial após a morte, a finalidade deste regime perderia o sentido, pois a vocação do cônjuge lhe permitiria ter acesso ao patrimônio do falecido.

Não querendo, aqui, levantar a discussão acerca da autonomia da vontade quanto à escolha do regime de bens, sendo esta resguardada para o momento oportuno (no Capítulo seguinte), cabe apenas concordar parcialmente com o legislador neste aspecto, porquanto somente esta exclusão sucessória evitaria relativizar – ou até fragilizar – a imperatividade da norma que impõe a aplicação da separação de bens (nas hipóteses taxativamente previstas no art. 1.641 do CCB)<sup>94</sup>. Todavia, isto não quer dizer que seremos favoráveis à imposição de um regime de bens em determinadas situações.

No caso específico da “separação obrigatória de bens”, observa-se novemente uma indevida interferência dos efeitos da dissolução do casamento na sucessão, que não deveria ocorrer, de modo a, como dito, preservar a independência e a distinção dos seus objetivos. Tudo isto provém da atecnia empregada na construção da regra do art. 1.829, I, do

---

<sup>93</sup> Toscano de Brito (2008, p. 415) é taxativa quanto ao término da eficácia do regime de bens com a extinção do vínculo conjugal: “Uma vez escolhido o regime de bens pelos nubentes, ele vigorará desde o momento da celebração do matrimônio (arts. 1.631, §1º, e 1.653, do Código Civil), até a extinção da sociedade conjugal, por algumas das causas previstas em lei, dentre as quais, a morte.”. Ademais, o CCB brasileiro admite a modificação do regime de bens, conforme disposto no art. 1.639, §2º, do CCB, sendo este, também, causa da cessação da eficácia de determinado regime, que somente vigorará até o ato que institui outra sistemática, pondo fim àquele modelo.

<sup>94</sup> Este posicionamento parte do pressuposto de que seria plenamente admissível a previsão normativa que impõe a “proteção/sanção” da obrigatoriedade do regime da separação de bens em algumas hipóteses preestabelecidas em lei, como é o caso do Código Civil de 2002. Porém, a abordagem acerca da autonomia da vontade na escolha do regime de bens, mesmo nos casos elencados no aludido art. 1.641, será atacada no Capítulo 4/b.

CCB, que traz ainda outras questões correlatas, decorrentes da interpretação sistemática com os demais termos deste Diploma, e mais especificamente da seção relativa ao Direito das Sucessões.

Não se encerra, portanto, na análise dos pontos abordados neste Capítulo a controversa inclusão/exclusão sucessória do cônjuge e a influência do regime de bens. Estamos diante de um campo vasto de inquietantes indagações, cujo véu apenas começou a ser retirado através dos esclarecimentos trazidos até agora. É preciso ir ainda mais fundo, para iluminar a obscuridade que encobre esta enseada hermenêutica, vislumbrando, por fim, alguma solução às questões suscetíveis em razão da exclusão sucessória do cônjuge pelo regime de bens.

## 8. QUESTÕES SUSCITÁVEIS EM RAZÃO DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE PELO REGIME DE BENS

Seguindo o raciocínio do Capítulo anterior, percebe-se que ao impor ressalvas à participação sucessória do cônjuge casado sob os regimes da comunhão universal, da comunhão parcial (se houver bens particulares) e separação obrigatória de bens, os objetivos primordiais do CCB seriam, respectivamente, a proteção de herdeiro necessário unicamente ao viúvo não beneficiado com a meação e o respeito à proteção/sanção imposta pelo próprio ordenamento, projetada na imposição de similar sistemática do regime na sucessão.

Expressamente, dispõe o art. 1.829, I, do CCB, norma sobre a qual centraremos a análise da questão cerne deste Capítulo:

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

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

Esta regra consagrou, portanto, a presunção absoluta da exclusão no fenômeno jurídico-sucessório sob dois critérios: o amparo do cônjuge pela existência de bens comuns (comunhão universal e parcial de bens), que originou a operação intitulada como “compensação autolimitativa das posições jurídicas”; ou a prorrogação dos efeitos do regime imposto legalmente (separação obrigatória), por entendê-lo como consectário lógico da sua própria essência (a incomunicabilidade patrimonial), bem como para preservar a força coercitiva da dita “proteção/sanção” que acarreta a sua imposição (art. 1.641 do CCB).

Fato que causa estranheza é que, atuando de maneira plenamente diversa, na segunda classe de sucessíveis o legislador não se utilizou da multicidada sistemática, tendo em vista que não associou a vocação sucessória do viúvo ao regime de bens vigente na relação com o falecido.

Afinal, no inciso II (do art. 1.829 do CCB) inexistente qualquer condição acessória para a concorrência do cônjuge com ascendentes, salvo a existência de ambos e ausência dos descendentes. Do mesmo modo, não empregou esta condicionante ao chamamento do consorte a título universal, terminando por conferir este privilégio indistintamente na terceira classe, bastando o vínculo matrimonial com o extinto à época da abertura da sucessão.

Entretanto, pela singular situação da exclusão sucessória do cônjuge pelo regime de bens (ainda que somente em primeira classe), cuidaremos de tratar, neste capítulo, sobre as questões suscitadas a este respeito, precisamente aquelas atinentes à comunhão universal, comunhão parcial e separação de bens, tangenciando os termos comparativos do direito

português, sempre que necessário. Não há como excluir desta abordagem, também, a intrigante problemática da (i)modificabilidade do regime de bens e a (im)possibilidade de regimes atípicos, com suas respectivas implicações, remetendo-se ao direito sucessório lusitano quando oportuno.

### 8.1. COMUNHÃO UNIVERSAL

O regime da *comunhão universal de bens*<sup>95</sup> (correspondente à comunhão geral do direito português<sup>96</sup>) não distingue entre bens pretéritos, presentes e futuros, uma vez que constrói uma universalidade entre os cônjuges, determinando que tragam consigo para o acervo do casal o patrimônio constituído ao longo da vida.

Há restrita exclusão e incomunicabilidade de bens, independente da aquisição ser contemporânea à relação marital ou anterior, ou até decorrente de sub-rogação, sendo irrelevante ter sido adquirido em nome de um deles (a titularidade constante do registro). Neste tipo, os bens serão, em regra, comunicados e equitativamente divididos, mesmo que o patrimônio comum conste sob a titularidade registral de uma das partes (presunção de esforço comum). Trata-se de uma massa única, universalidade, que comporta, entretanto, alguns casos excepcionais<sup>97</sup>.

As poucas hipóteses de exceção à inclusão de bens no acervo comum dos cônjuges se devem à característica de comunicação plena que pressupõe este regime. Acerca destas ressalvas, pautadas na comunicabilidade, podem ser subdivididas em três critérios: i) privilégio da vontade de terceiros; ii) reponsabilidade unilateral do prejuízo constituído (anterior ao casamento); iii) as rendas e objetos particulares – ainda que recordações de família,

---

<sup>95</sup> No direito português o regime de bens correspondente é o da *comunhão geral*, cuja disposição normativa do art. 1732.º do Código Civil prescreve que “o património comum é constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam exceptuados por lei.” Comparativamente, estabelece o art. 1.667 do Código Civil brasileiro: “O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.”

<sup>96</sup> A norma lusitana do art. 1.732º do CCP é, inclusive, bastante esclarecedora, fornecendo verdadeira definição do regime da comunhão geral/universal: “[...] o património comum é constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam exceptuados por lei.”

<sup>97</sup> Na explicação de Cardoso (2010, p. 83): “[...] os cônjuges optam pela regra de que todos os bens, presentes e futuros, móveis ou imóveis, adquiridos antes ou durante o casamento, com fruto de bem anterior, proveniente de herança, objeto de sub-rogação ou não, se comuniquem igualmente entre eles, em proporção igual, ou seja, metade para cada qual. O acervo patrimonial dos consortes caracteriza uma universalidade, ainda que somente um dos parceiros tenha contribuído ou trazido, unilateralmente, tais bens para o acervo patrimonial conjugal.” Nas palavras de Castro Costa (2010, p. 15) este regime “determina que os patrimónios dos cônjuges sejam fundidos em condomínio. Os cônjuges, então, exercem a copropriedade e compoem só havendo cisão do referido património quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal.”

desde que seja de valor reduzido –, sob a ideia de que o manifesto interesse dos consortes é a comunicação patrimonial integral.

i) *privilégio da vontade de terceiros* – Não deve a finalidade primordial deste regime interferir na autonomia da vontade alheia, a aceitar que haja a meação de bens “doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade”. Se houve a preocupação do doador ou autor da herança em gravar os bens com cláusula específica que impeça a sua comunicação, é estritamente necessário preservar a sua vontade, sob pena de resultar inócua a finalidade destes atos de liberalidade. Diz-se isto, principalmente, porque a consecução desta transmissão somente ocorre nesta forma singular se expressamente manifestada a vontade neste sentido. Propõe-se, assim, resguardar a sistematicidade do fenômeno sucessório, mantendo inalterada a vontade manifestada anteriormente (inclusive a doação de um cônjuge a outro antes do casamento, gravada com a referida cláusula), destinada a beneficiar diretamente exclusivamente determinada pessoa.

ii) *responsabilidade unilateral do prejuízo constituído (anterior ao casamento)* – A responsabilidade pelos débitos assumidos antes das núpcias, cuja existência o outro cônjuge sequer poderia ter conhecimento quando da escolha do regime de bens, não pode ser partilhada entre os nubentes. A razão que fundamenta a comunicabilidade patrimonial serve para beneficiar o casal, servindo para afastar qualquer possibilidade de resultar do casamento um efeito negativo. Diante disso, admitir que as dívidas pretéritas integrassem a massa única da comunhão universal funcionaria como verdadeiro incentivo a quem não tem como saldar os débitos particulares, tornando o casamento, em alguns casos, um mecanismo para compartilhar as obrigações descumpridas. É uma excludente que visa a proteção individual dos cônjuges, mas, também, com vistas a preservar os objetivos do matrimônio, guardando sua aceção positiva de acúmulo patrimonial, e não decréscimo do acervo.

iii) *as rendas e objetos particulares* – por óbvio, estes bens compõem o patrimônio particular do cônjuge, pois dotados de pessoalidade, tendo em sua essência este critério, que por si só, sem maiores esclarecimentos, demonstram a necessidade de excluí-los da meação.

Poderíamos, ainda, elencar outras hipóteses excludentes da comunicabilidade neste regime?

Partindo-se da premissa de que ele subsiste sob a presunção de esforço comum, tendo como regra a comunicabilidade do acervo, as restrições aparecem em caráter excepcional, diante das quais o critério restritivo deve refutar ao extremo a sua ampliação. Portanto, excluem-se da comunhão, apenas os casos taxativamente elencados no art. 1.668 do CCB<sup>98</sup> e no art. 1733º do CCP<sup>99</sup>.

Este regime de bens vigora no Brasil desde as Ordenações Filipinas (1603), sobrevivendo à Consolidação das Lei Civis e mantendo-se no Código Civil de 1916 (conforme dicção do art.258) – quando adquiriu caráter supletivo, estendendo-se até o advento da Lei de Divórcio (nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977), pois foi substituída esta função pela comunhão parcial, no caso de inércia dos nubentes. A partir deste momento (1977), a incidência do regime da comunhão universal passou a depender de prévia estipulação pelos cônjuges através de pacto antenupcial, como se vê da imposição normativa do art. 1.640 do atual Código Civil<sup>100</sup>.

Bem possível visualizar este regime através da fusão do patrimônio do casal, independente da sua natureza (a título oneroso, por doação ou herança) e da proporção dos recursos de cada cônjuge, com as ressalvas acima enunciadas<sup>101</sup>, formando uma propriedade de mão comum<sup>102</sup>. Por isso, e por inexistência de permissivo legal, não poderá o (a) consorte se desfazer dos bens comuns sem a anuência da outra parte.

Diversamente, não se refletirá (no direito brasileiro) a comunicação patrimonial total no momento sucessório, tendo em vista que o cônjuge sobrevivente não participa da sucessão em concorrência com descendentes. Neste caso, aplica o legislador a *ratio* elucidada

---

<sup>98</sup> Segundo o art. 1.668 do CCB, são incomunicáveis, excluindo-se da comunhão, os seguintes: (i) os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; (ii) os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; (iii) as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; (iv) as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; (v) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; (vi) os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; (vii) as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

<sup>99</sup> Estas hipóteses foram mantidas na forma do art. 263 do Código Civil brasileiro de 1916.

<sup>100</sup> Esta foi a modificação observada, também, no ordenamento português, com a entrada em vigor do Código Vaz Serra, sendo atualmente a comunhão de adquiridos o regime supletivo.

<sup>101</sup> Berenice (2013, p. 222) descreve este regime como “uma fusão entre os acervos trazidos para o matrimônio por qualquer dos nubentes, formando uma única universalidade, à qual se agrega tudo o que for adquirido, na constância do enlace conjugal, por qualquer dos cônjuges, a título oneroso, por doação ou herança. Os patrimônios se fundem em um só. Comunicam-se todos os bens presentes e futuros, bem como as dívidas passivas contraídas por qualquer dos cônjuges durante o casamento. Instaura-se o que se chama de mancomunhão, ou seja, propriedade em mão comum.”. Esclarecedora, também, é a definição feita por Domingues Cardoso (2010, p. 83).

<sup>102</sup> Na precisa definição de Muniz (1999, p. 374), entende-se que nos “regimes de comunhão, os bens dos cônjuges são organizados de modo a formar uma massa comum. O regime tem uma real incidência sobre os bens e dá origem a uma determinada estrutura patrimonial. Durante esses regimes, os bens comuns formam uma massa patrimonial que pertence globalmente a ambos os cônjuges, o que corresponde a uma comunhão sem cotas. O patrimônio comum não se reparte entre os cônjuges, por cotas determinadas.”.

no Capítulo anterior, consistente na ideia de ser suficiente o recebimento da meação, compensando, assim, o patrimônio que receberia a título hereditário. Trata-se de posição com a qual não concordamos.

Como visto, a sugerida comunicabilidade integral do patrimônio dos cônjuges não ocorre estritamente, pois mesmo neste regime de bens ainda há hipóteses de exclusão, possibilitando a existência de bens particulares dos consortes. Em consequência disso, pode ser que no simultâneo momento da extinção do vínculo conjugal e da abertura da sucessão não haja qualquer acervo comum, sendo todo ele exclusivo do falecido. Seria, portanto, compatível com a atual sistemática sucessória que o viúvo não tivesse direito a qualquer quota?

Pela dicção do art. 1.829, I, do CCB é esta consequência que decorrerá das situações em que não houver patrimônio comum e for integralmente particular (por mais avantajado que seja), pois a excludente da vocação do cônjuge afasta o seu chamamento se casado pelo regime da comunhão universal<sup>103</sup>. Nesta hipótese, pode ainda se vislumbrar maior absurdo se o casal se desfizer do patrimônio comum que construiu para a manutenção dos bens particulares do *de cujus*, sendo certo que ao viúvo nada restará com o falecimento do seu consorte<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Este é, inclusive, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, como se vê do julgado colacionado a seguir: “CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUCESSÃO LEGÍTIMA. ART. 1.829, I, CC/02. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES. CASAMENTO NO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO CONCORRENTE. ATO DO JUIZ DETERMINANDO A JUNTADA AOS AUTOS DA HABILITAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DOS HERDEIROS DESCENDENTES. NATUREZA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. FUNDAMENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. - A nova ordem de sucessão legítima estabelecida no CC/02 incluiu o cônjuge na condição de herdeiro necessário e, conforme o regime matrimonial de bens, concorrente com os descendentes. - Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes. - O ato do juiz que determina a juntada aos autos da habilitação e representação dos herdeiros descendentes tem natureza de despacho de mero expediente, dispensando fundamentação, visto que não se qualificam, em regra, como atos de conteúdo decisório. Precedentes. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento”. (STJ - RMS: 22684 RJ 2006/0199541-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 07/05/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 28/05/2007 p. 319LEXSTJ vol. 215 p. 63)

<sup>104</sup> Exemplifique-se: Márcia casa-se com Raphael (ambos exercendo atividade profissional) e através de pacto antenupcial, obedecendo as formalidades exigidas pelo Diploma Civil brasileiro, elegem o regime da comunhão universal de bens para reger a relação matrimonial que ora se inicia. O casal se mantém unido pelo vínculo conjugal por mais de 30(trinta) anos e adquirem uma casa no curso desta relação. Após 05(cinco) anos de casados advém da relação um filho. Algum tempo depois, 20(vinte) anos após o seu nascimento, o filho do casal abandona o lar e resolve viver em outro continente, por um desentendimento que teve com seu genitor, não estabelecendo mais contato com os pais. Quando completariam 30(trinta) anos de casados, o varão (órfão de pai) recebe por herança da sua genitora (por ser filho único) diversas casas, apartamentos, quintas, automóveis (um patrimônio avaliado em alguns milhões de euros), todos os bens gravados, entretanto, com cláusula de incomunicabilidade. Como alguns destes bens estavam depreciados, mas os cônjuges queriam preservar aquele patrimônio para render-lhes frutos, vendem o imóvel que adquiram e investem na recuperação do acervo recebido pelo consorte. Contudo, uma fatalidade conduz ao óbito do marido algum tempo depois do investimento, realizado com a alienação da casa de morada dos consortes. Sendo assim, pela inteligência da norma brasileira, como estavam casados pelo regime da

Como resultado, aquele que tendencialmente tem maior participação na formação e preservação do patrimônio deixado pelo autor da herança, que dividia os momentos mais íntimos da sua vida, não receberá qualquer quota que seja do acervo hereditário (e nem da meação, pois inexistente), ficando totalmente desamparado. Evidencia-se, pois, a evidente falha desta construção normativa, neste particular, posto que trouxe para a visão abstrata da norma aspectos que o fenômeno sucessório contraria em seu próprio texto corporificado, através dos casos de incomunicabilidade no regime ora analisado, duplamente configurado com a exclusão sucessória pelo regime de bens.

Isto demonstra, a toda evidência, a falta de sistematicidade entre as normas do próprio CCB. O legislador não considerou esta possibilidade, de inexistência ou residual formação de patrimônio comum no regime da comunhão universal, tampouco observou a sua presença no diploma civil, retirada da simples leitura do art. 1.668, causando os referidos prejuízos subsumidos à sua aplicabilidade<sup>105</sup>. Ao recair a incomunicabilidade sobre a integralidade do acervo do casal, ressuscita-se o privilégio exclusivo da consanguinidade, com a exclusão sucessória do cônjuge, que nada receberá a título de meação ou herança, e vocação isolada dos descendentes em primeira classe.

Melhor seria a opção do CCP, optante pela indistinta vocação do cônjuge, tornando-o no caso vertente, ao menos, herdeiro concorrente em primeira classe, conferindo-lhe participação sobre o acervo do seu par. Desta forma, não ficaria desamparado, não se implementaria a injustiça pelo óbice ao acesso de patrimônio que pode ter ajudado a preservar, nem seria esta visão reconduzível ao retrocesso da prevalência da consanguinidade. Somente assim evitar-se-iam as incoerências acima reportadas, sendo sepultada a controvérsia instaurada

---

comunhão universal e todos os bens estavam gravados com cláusula de incomunicabilidade, a cônjuge não teria direito a meação, pois o patrimônio era exclusivo do falecido, tampouco seria chamada à sucessão, pois seria excluída pelo regime de bens optado quando do casamento. A ela, somente restaria o direito real de habitação previsto no art. 1.831 do CCB, sendo beneficiado o descendente do *de cujus*, o filho que abandonou os pais e não mais manteve contato agora seria agraciado com a totalidade do acervo hereditário construído e preservado pelos seus genitores. Enquanto isso, à esposa não seria atribuída a propriedade plena sobre quaisquer dos bens, ainda que tenha se desfeito do imóvel que adquiriu para restaurá-los e preservá-los. A regra lusitana, de modo mais coerente, partilharia entre o cônjuge e o descendente o acervo, considerando que à consorte não tocaria a meação, pela incomunicabilidade, mas não lhe restringiria o acesso à vocação hereditária.

<sup>105</sup> Chaves de Farias e Rosenvald (2015, pp. 248-249, *Cruso de...Sucessões*), também prevêem a possibilidade de exclusão da meação do casal e desamparo do cônjuge, quando casado com o *de cujus* pelo regime da comunhão universal, comentando sobre esta sistemática do ordenamento brasileiro da seguinte forma: “No que tange ao regime da *comunhão universal de bens*, salientando que o fundamento da concorrência com o descendente é garantir uma proteção patrimonial básica ao consorte sobrevivente, entendeu o legislador despicienda a concorrência, uma vez que já lhe é garantida a metade de *todos os bens deixados*, sejam comuns ou particulares. Só havendo patrimônio comum, não há direito hereditário decorrente da viuvez. Nesse caso, recolherá o sobrevivente comente a meação, que incidirá sobre todo o patrimônio do falecido. Não se olvide, no entanto, que mesmo no regime de comunhão universal há bens que estão excluídos da meação do casal.”

com exclusão sucessória do cônjuge pelo regime da comunhão universal<sup>106</sup>.

## 8.2. A SEPARAÇÃO (OBRIGATÓRIA/CONVENCIONAL) DE BENS

Subdividido em duas espécies, o regime da *separação de bens* (homônimo no CCP) é identificado de acordo com a sua forma de constituição: *separação obrigatória de bens* (imposta por lei) e *separação convencional de bens* (por vontade das partes).

Sendo assim, vê-se que os critérios utilizados para esta bipartição conformam a razão da sua aplicação: no primeiro, trata-se de imposição legal, buscando preservar o patrimônio dos nubentes (o rol do art. 1.641 do CCB), tendo finalidade protecionista ou sancionatória, a depender do inciso do prescritivo específico em que esteja inserido; no segundo, privilegia-se a expressão da vontade dos contraentes, quando optarem pela incomunicabilidade total dos bens, presentes e futuros.

O traço fundamental deste regime é a livre administração dos bens pelos consortes, autorizando-lhes, inclusive, aliena-los ou grava-los de ônus real (art. 1.687 do CCB), mantendo a incomunicabilidade desde as núpcias até a dissolução do matrimônio<sup>107</sup>. Apesar desta aparência de absoluta separação (reversa da comunhão universal), o legislador inseriu uma exceção, assente na comunicação das dívidas contraídas na compra do necessário à econômica doméstica (conforme art. 1.643 do CCB)<sup>108</sup>. Ao menos as despesas essenciais ao sustento do lar que partilhavam devem ser divididas entre os cônjuges, de modo que a responsabilidade por este custeio não recaia unicamente sobre um deles<sup>109</sup>.

Assim como a comunhão universal, a opção pela separação de bens (por não ser regime supletivo) exige a prévia estipulação através do pacto antenupcial, quando será

<sup>106</sup> É mister assinalar, aqui, a lição de Capelo de Sousa (2006, pp. 1321-1322), consentânea com a posição de meeiro e herdeiro do cônjuge, que evita, de qualquer modo, o descompasso patrimonial pelo falecimento do seu consorte: “Porém, há razões públicas *impertivas*, que impõem que o cônjuge sobrevivente, pela própria dignidade da instituição matrimonial, tenha o nível de vida mais próximo possível do que vinha usufruindo durante o casamento.”

<sup>107</sup> Assevera Berenice (2013, p. 227), ao tratar especificamente da separação de bens: “O casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, podendo cada um livremente alienar e gravar de ônus real o seu patrimônio. O patrimônio passado, presente e futuro não se comunica, nem durante o casamento e tampouco quando de sua dissolução.”

<sup>108</sup> Em sentido diverso, prevendo uma incomunicabilidade absoluta, o Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) estabelece em seu art. 53: “**Art. 53.** O regime da separação de bens importa incomunicabilidade completa dos bens adquiridos antes e durante o casamento. Parágrafo único. Os bens ficam na administração exclusiva do respectivo cônjuge, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

<sup>109</sup> Irretocável a constatação de Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho (2014, pp.481-482): “[...] não há hoje, porém, um puro regime de comunhão como não há um puro regime de separação, pois os sistemas de comunhão têm-se permeado de ideias ‘separatistas’ e os de separação de ideias ‘comunitárias’. Trata-se de um curioso fenômeno de interpenetração (ou de osmose, como já se lhe chamou) [...]”.

caracterizada como *separação convencional de bens*, sendo esta denominação correspondente ao seu ato constitutivo, ou seja, por decorrer da vontade das partes.

De outro modo, a peculiaridade da *separação obrigatória* apoia-se em dois critérios: a afirmação da força coercitiva das causas suspensivas matrimoniais (sancionatória) e a proteção dos vulneráveis e incapazes (protetiva).

Neste formato impositivo, o regime da separação de bens será aplicado quando constatada uma das três situações (art. 1.641 do CCB)<sup>110</sup>: (i) pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; (ii) da pessoa maior de 70 (setenta) anos<sup>111</sup>; (iii) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. No direito português, obedecendo o art. 1720º do CCP, estas causas correspondem ao “casamento celebrado sem precedência do processo de publicações; O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade”.

O elemento teleológico destes dispositivos assenta-se na proteção patrimonial dos cônjuges, com vistas a refutar as tentativas de locupletamento através do matrimônio. Não se trata de elencar hipóteses para tolher desarrazoadamente a autonomia da vontade das partes. A imposição deste regime nos casos taxativamente previstos em lei tem um caráter muito mais funcionalizado pelo aspecto protetivo.

A primeira hipótese do ordenamento brasileiro cumula um duplo critério, protecionista/sancionatória, pois estabelece sanções para quem desobedece as recomendações do legislador (art. 1.523 do CCB), insistindo em casar mediante presença de causas suspensivas<sup>112</sup>. Ao menos justifica-se a necessidade de imposição com regime específico para estes casos, o que não ocorre com relação à segunda hipótese.

No caso do inciso subsequente, constrói-se esta uma “proteção” sob o aspecto etário dos consortes. Porém, será que há mesmo como configurar uma presunção absoluta de senilidade/vulnerabilidade dos maiores de 70 anos ou até de 60 anos (como prevê o CCP)?

Nesta hipótese, o legislador limita injustificadamente a capacidade dos idosos, reduzindo a sua liberdade de estipular a gestão dos seus bens da forma que melhor lhe aprouver, inclusive comunicando-os com o seu cônjuge. Na tentativa de atingir a *mens legis*, forçoso

---

<sup>110</sup> Este dispositivo fora trazido do Código Civil de 1916, quando em seu art. 258, parágrafo único, dispunha: “É, porém, obrigatório o da separação de bens do casamento: [...] II - do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos; [...]”.

<sup>111</sup> A redação original do Código Civil falava em “pessoa maior de 60 (sessenta) anos”, sendo o texto atual resultado da alteração legislativa decorrente da Lei nº 12.344, de 09 de Dezembro de 2010.

<sup>112</sup> Assevera Berenice Dias (2013, p. 229) que “trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais.”.

acreditar que foi utilizado o mesmo critério do inciso seguinte, assemelhando-os, por exemplo, aos incapazes, que ainda não possuem idade núbil, aos quais impescinde o suprimento judicial quando não autorizado pelos genitores<sup>113</sup>. Estaríamos diante de uma ideia de vulnerabilidade, diante da qual o restabelecimento da desigualdade fática observada deve vir da lei, para salvaguardar o princípio da igualdade em sua acepção material.

Todavia, para os demais casos o legislador possibilita a repulsa destas hipóteses restritivas, pois é possível não ficar adstrito a elas por ato próprio, não o fazendo para os idosos, que permanecem acorrentados à esta penalização, haja vista a causa da sua inserção ser natural, não podendo afastá-la. Por isso, questiona-se: São eles indignos de tal permissividade? Será que a senilidade conduz peremptoriamente à incapacidade absoluta?

Nestes casos, mesmo que os nubentes comprovem a sua higidez mental, inexistência de sucessores legítimos e demonstrem a pura existência de afeto entre si (ainda que convivam em união estável antes do casamento<sup>114</sup>), demonstrando claramente objetivo diverso ao enriquecimento sem causa, o regime que incidirá, injustamente, sobre o casamento é o da separação de bens, por inafastável imperatividade normativa.

Como é notório, com a natural evolução da expectativa de vida da população, os indivíduos alcançam os 60/70 (setenta) anos de idade com plena capacidade para praticar os atos da vida civil, adotando decisões conscientes e ponderadas cotidianamente<sup>115</sup> (v.g. celebrar contratos de qualquer natureza, exercer atividade laboral). Então, sem a intenção de graduar os atos costumeiramente, mas apenas perquirindo as razões da restrição legal, por que não admitir a liberdade de eleição/estipulação do regime de bens?

Na verdade, a incoerência reside no critério adotado para limitar a autonomia da vontade, aduzindo que o objetivo da norma é meramente protetivo, enquanto serve como

---

<sup>113</sup>Salienta Tepedino (2008, p.211), sob a vigência da restrição sexagenária, mas plenamente aplicável à redação atual, que o referido dispositivo restringe injustificadamente a liberdade do idoso, “submetendo-o a verdadeira *interdição* compulsória, em despreço ao princípio da igualdade”. Comenta Berenice Dias (2013, p. 230) com perplexidade a possibilidade de o juiz liberar os menores de 18 anos da penalização legal, diante da discordância dos pais, e não poder agir da mesma forma quanto aos idosos, cujas circunstâncias podem demonstrar uma concordância familiar absoluta quanto ao casamento.

<sup>114</sup> Destaque-se, neste ponto, a regra transitória do art. 45 da Lei nº 6.515/77, cujo teor era o seguinte: “Art 45 - Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, nº II, do Código Civil.”. Pelo preenchimento destes requisitos, acreditava o legislador ser possível afastar o impedimento quanto à escolha do regime de bens pelos idosos. Em que pese não ser ideal, esta posição não era tão rigorosa e restritiva em comparação com a atual norma do art. 1.641, II, do Código Civil. Mais liberal, o Estatuto das Famílias (PL nº 2.285/07) não impõe limites à escolha do regime de bens, indicando a revogação do referido dispositivo restritivo.

<sup>115</sup> Neste sentido, afirma Diniz (2013, p. 165) que “não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil; logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente.”.

limitador da liberdade de quem busca a felicidade aos 60/70 anos. Poderíamos até criar um mecanismo para comprovação da capacidade de discernimento manifestamente livre, no ato da habilitação do casamento, ou até requisitando a prévia convivência em união estável antes de esta idade<sup>116</sup>, situações que já seriam desiguais em relação com os demais nubentes, mas teria um impacto menos catastrófico do que o rigor demasiado da exclusão da liberdade de estipulação sobre o modo de administração dos bens pelos cônjuges.

O critério etário não pode corresponder à presunção absoluta ou relativa de senilidade, muito menos aos setenta anos (ou sessenta no CCP). O sistema jurídico já possui outros mecanismos no que servem para bloquear as condutas destinadas obstáculo ao enriquecimento ilícito (como o erro, o dolo, a coação, a simulação e etc.), não precisando que seja usurpada a vontade dos nubentes no momento em que decidem o destino da gestão do seu patrimônio, de comum acordo. Se possuem capacidade suficiente para modificar o seu estado civil, porque não haveriam de tê-la em plenitude, para convencionar a melhor forma de gestão patrimonial dos seus bens?

Esta restrição normativa é anti-sistemática, pois incompatível com o valor supremo da dignidade da pessoa humana, posto que inibe a realização existencial dos contraentes. Sob esta ótica, ela presume uma desconfiança entre as partes, parte da presunção da má-fé, atribuindo à boa-fé caráter excepcional, orientação que é vedada pelo próprio ordenamento jurídico, que segue diretriz em sentido reverso.

Para conformar efetivamente a igualdade em sua acepção material, seria necessário tornar inócua esta regra, conferindo irrestrito poder de escolha do estatuto patrimonial, haja vista a inadequada opção do aspecto etário como preceito para imposição do regime de bens. Esta projetada desigualdade entre os nubentes pela idade em regra não existe, pois pode inclusive ser encontrada situação onde o discernimento daquele que possui maior experiência de vida seja superior, de forma que não há como coadunar a intervenção legislativa para restabelecer o suposto equilíbrio, imaginado pelo legislador<sup>117</sup>. O critério que efetivamente

---

<sup>116</sup> A orientação elaborada pelo Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil seguia pela revogação deste dispositivo, sob a justificativa da incompatibilidade entre a idade e a capacidade do nubente para ponderar a decisão quanto ao regime de bens para o seu casamento. Posteriormente, o Enunciado nº 261, aprovado na III Jornada de Direito Civil, estabelece que: “Art. 1.641. A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.”. Onde se vê “sessenta anos de idade” leia-se “setenta anos de idade”, em razão da alteração promovida pela Lei nº 12.344/2010.

<sup>117</sup> Neste sentido, se posiciona Otero (2001, pp. 10-12), considerando o art. 258, II, do Código Civil de 1916, que deu origem ao referido art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, totalmente “arbitrário e discriminatório”. Apresentando vários posicionamentos doutrinários neste sentido, conclui Zeno Veloso (2010, p. 63) que o “idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe falem os atributos de consciência e volição necessários ao consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as

atenderia aos anseios da razão desta norma parece-me que teria mais a ver com a capacidade para os atos da vida civil, e não com um dos elementos que a compõem.

Acrescente-se a isto a exclusiva associação desta obrigação à família matrimonial, não sendo aplicação às demais formas, funcionando, pois, como desestímulo ao casamento para pessoas maiores de 70 (setenta) anos (ou 60 anos para o CCP), acabanco por ter efeito diverso à intencionalidade da regra em comento, que visa garantir segurança àqueles que optam por unir-se através do matrimônio após esta idade.

Como exemplo, não sendo aplicável (no Brasil) à união estável, instituto que guarda muitas semelhanças com o casamento, mesmo que possua o casal o interesse em casar, certamente optarão por não fazê-lo, pela limitação que sofrem na escolha do regime de bens. O campo livre da união estável, que respeita a autonomia da vontade pela simples presunção de discernimento para eleição do regime de bens lhe será mais atrativo do que o mergulho no inibidor universo do casamento.

Não repousa, contudo, somente neste dilema as indagações atinentes à separação de bens que influenciam nas questões sucessórias atreladas aos regimes de bens. A sua previsão expressa salta aos olhos do intérprete, fazendo-o voltar sua imediata atenção para que seja refutada esta previsão normativa. Porém, os caminhos implícitos revelados pelo aprofundamento do seu estudo revelam outras incoerências, passíveis de críticas e imediato distanciamento do conteúdo hermenêutico que deve conduzir a sua aplicabilidade.

Dentre as referidas construções hermenêuticas está a conciliação entre os deveres conjugais e a escolha do regime da separação de bens. Considerando que algumas obrigações conjugais, *v.g.*, vida em comum no domicílio conjugal e mútua assistência, são inderrogáveis (art. 1.566 do CCB), não se coadunam com a absoluta separação, corolárias do preceito fundamental do casamento (a comunhão plena de vida), há dúvidas acerca da supremacia da autonomia privada quando optar o casal pela separação de bens.

É possível transpor estes obstáculos legais, fundadores dos preceitos basilares do casamento? Ademais, isto permitiria a comunicação dos bens adquiridos na constância do enlace matrimonial, em condição análoga à comunhão parcial de bens?

Não se deve confundir as questões pessoais, que visam a obediência aos

---

suas consequências[...].” Chinelato (2004, p. 290), em lição anterior à alteração da idade limite para os atuais setenta anos, mas cuja aplicação pode ser transportada para o texto vigente, afirma peremptoriamente: “Entender que a velhice – e com ela, infundadamente, a capacidade de raciocínio – chega aos 60 anos é uma forma de discriminação, cuja inconstitucionalidade deveria ser arguida tanto em cada caso concreto como em ação direta de inconstitucionalidade.” Não se trata do limite etário estabelecido pelo legislador, mas do critério da idade utilizado para esta distinção.

supramencionados deveres do casal, com os aspectos patrimoniais definidos pelos cônjuges, por mais interligados que eles estejam, entregues a uma comunhão plena de vida. O regime de bens do casamento determina a forma de gestão do patrimônio comum (do casal) ou exclusivo (de cada cônjuge), não sendo atinente ao aspecto pessoal a que alude o art. 1.566 do CCB.

Utilizando da definição de Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho (2014, pp.475-476) para compreender esta definição, voltada especificamente para o aspecto patrimonial, entende-se que o regime de bens do casamento corresponde ao “conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal, isto é, a sua repartição entre o patrimônio comum, o patrimônio do marido e o patrimônio da mulher.”.

Por esta razão, não há como sufragar o entendimento que sustenta a comunicação dos aquestos na separação de bens, por acreditar ser extensível ao critério patrimonial as obrigações conjugais impostas legalmente, pois, como visto, não se referem ao *modus operandi* de gestão do patrimônio do casal enquanto viger o casamento.

Nada obstante seguirmos este posicionamento, há quem defenda a necessidade de partilha de bens no regime em exame, sob o fundamento de evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, caso esta detivesse a titularidade de todo o patrimônio adquirido pelo cônjuges (independente da causa, por má-fé ou razões outras, como empresariais, p. ex.), até os bens decorrentes de esforço exclusivo do seu par. E não se trata de posicionamento minoritário ou isolado, este entendimento conduziu o Supremo Tribunal Federal a editar (em 1964) o Enunciado nº 377.

Expressamente, declara o texto deste Enunciado: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”.

De logo, resta evidente que esta súmula admite a divisão do acervo comum, construído na vigência da relação matrimonial<sup>118</sup>, mesmo quando o regime adotado for o da separação de bens, pautando-se, contudo, numa presunção relativa desta comunicabilidade. A referência específica ao regime em apreço tem, inclusive, o intuito de afastar a sua própria natureza separatista.

Por mais que sustentem, ainda, que se trata de uma presunção relativa de esforço comum, e realmente é esta a forma de sua aplicabilidade, só o fato de partir do pressuposto do esforço comum já contradiz o caráter substancial deste regime, cuja presunção deveria ser reversa, consistente na incomunicabilidade, e apenas com a prova em sentido contrário permitir-se-ia a divisão de determinado acervo.

---

<sup>118</sup> Aponta Berenice (2013, pp. 227-228) neste sentido.

Sinceramente, este entendimento ultrapassa a construção de uma limitação com caráter protecionista – cuja finalidade precípua seria, como dito, evitar o enriquecimento ilícito – e configura uma verdadeira alteração automática do regime de bens, independente da vontade dos cônjuges, sendo suficiente, apenas, o interesse em diluir o vínculo matrimonial, para presumir-se o esforço comum.

Esta Súmula remonta ao art. 259<sup>119</sup> do Código Civil de 1916, datando a sua edição do século passado, o que ocasionou a dúvida quanto à sua permanência na égide do atual CCB, tendo em vista que não encontra correspondência no Diploma Civil em vigor. Portanto, suscita-se a dúvida: Teria sido este Enunciado recepcionado ou superado pelos ditames do atual CCB?

Mister assinalar que, em verdade, a divisão do acervo não respeita a própria natureza do regime da separação de bens, que guarda em sua essência o pressuposto da livre administração dos bens, razão que não comunga do ideal de comunicabilidade inerente aos demais regimes.

Acrescente-se, ainda, que a novel codificação sequer possui norma correspondente ao referido art. 259<sup>120</sup>, denotando evidente interesse do próprio ordenamento em preservar a característica natural deste regime, pois, caso contrário, a simplicidade da transposição da regra já existente não demandaria muito esforço ao legislador. A sua exclusão foi, portanto, um evidente opção, que tem como pano de fundo o objetivo de noticiar o sepultamento do entendimento outrora admitido pelo STF.

Enfim, sob os fundamentos trazidos, seria lógico admitir a comunicabilidade patrimonial de quem optou por coordenar isoladamente o seu acervo sem a interferência do seu cônjuge, ou mesmo daquelas hipóteses que impõem a separação, quando durante todo o vínculo e a própria razão substancial deste regime preconizam ideal diverso? Óbvio que não<sup>121</sup>.

Diante disso, concluímos pela total incompatibilidade da Sumula nº 377 do STF,

---

<sup>119</sup> **Art. 259.** Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.”

<sup>120</sup> A este respeito, considera Cardoso (2010, p. 81) que “não vigorando mais o artigo do Código Civil que motivou o enunciado, este é inaplicável, não sendo suficiente o fato da tradição da regra no ordenamento pátrio, ou da repercussão e importância de seu conteúdo, a sustentar sua manutenção e aplicação atualmente.”. Em sentido contrário, defende Zeno Veloso (2010, p. 55): “Minha concepção é de que a Súmula 377 permanece aplicável, mesmo diante do Código Civil de 2002, até porque está presente o seu principal fundamento: evitar o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges.”

<sup>121</sup> Nos dizeres de Paulo Lôbo (2013, p. 138), a ilogicidade decorrente da comunicabilidade no regime da separação de bens, com a dissolução do casamento, advém do seguinte fundamento: “[...] a interpretação que postula a extinção do efeito essencial do regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade), esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art. 5º da Constituição) que é expressão do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente o seu projeto de vida privada e familiar.”

e faríamos desde o seu surgimento, por não atender próprios anseios do regime-tipo ora em comento. Assim sendo, resta evidente que ela não foi recepcionada pelo CCB de 2002, restando, portanto, superada, não sendo admissível a comunicabilidade a que se refere.

Firmadas estas questões prévias, cabe agora ingressar na estrita relação entre a exclusão sucessória do cônjuge e o regime da separação de bens.

De modo indiscutível, o legislador excluiu da sucessão o cônjuge casado sob o regime da separação *obrigatória* de bens, como consectário da *individualização patrimonial* imposta pela lei, tendo, com isso, o objetivo de ratificar o aspecto protecionista/sancionatório inerente às causas elencadas no art. 1.641 do CCB. Através da disposição sucessória do art. 1.829, evidencia-se uma real pretensão normativa de reafirmar a força coercitiva das hipóteses de imposição legal do regime, por crer que a comunicação do patrimônio na sucessão de um dos cônjuges seria contraditória à premissa separatista seguida em vida.

Contudo, interessante notar que não há qualquer ressalva quanto aqueles que adotem este regime por ato de livre escolha, sendo regidos pela separação (*convencional*) de bens. O excerto legislativo é claro ao se referir ao viúvo “casado este com o falecido no regime [...] da separação *obrigatória* de bens”, atribuindo a condição de herdeiro concorrente aos optantes do modelo convencional.

Então, conclui-se que o legislador trata diversamente situações que apenas se diferem pelo modo de constituição. Existiria razão ou critério que consiga justificar esta desigualdade?

A contraditória construção normativa de um sistema jurídico que permite a comunicação dos bens adquiridos durante o casamento, além de incluir a participação nos particulares, de quem declarou a vontade de administrar livremente o seu patrimônio, ensurdece por uma voz paradoxal que chega a incomodar. Porém, somente o diálogo hermenêutico é capaz de ordenar a sua compreensão, trabalhando a interrelação entre a norma e as circunstâncias que a permeiam, na finalidade precípua de interpreta-la, principalmente dentro dos preceitos que orientam o sistema como corpo uníssono.

Mesmo que a obediência aos limites da regra positivada induzam falsamente à desnecessidade de examina-la, é bem possível que estejamos diante de um equívoco legislativo, cuja adequação cinja apenas à interpretação conforme a sistemática jurídico-sucessória, aos princípios e valores constitucionais, não resultando numa incompatibilidade entre seus ditames e, conseqüentemente, o seu ruir. Como é sabido, o alcance da norma não se limita à literalidade da lei, deve ir além, desde que assegurado pela preservação da sistematicidade do ordenamento jurídico e sem contradize-lo.

Inicialmente, é preciso verificar qual o sentido que deve ser empregado à expressão “separação obrigatória de bens” – exceção que assim aparece na prescrição do art. 1.829, I, do CCB. Seria esta alusiva apenas aos casos do art. 1.641 deste código ou deveria abranger também a forma convencional de separação de bens?<sup>122</sup>

Podemos, aqui, enveredar por dois caminhos distintos: *a)* reconhecer a suficiência da literalidade da norma, sem tentar supera-la, na certeza de que o Código elencou devidamente os regimes de bens que pretendia excluir da sucessão do viúvo<sup>123</sup>; *b)* averiguar eventual *ratio* diversa deste dispositivo, baseando-se nos pressupostos deste estatuto patrimonial e compatibilizando-o com o sistema no qual está inserido<sup>124</sup>, concebendo um provável “cochilo” do legislador, a demandar um alargamento da referida exceção, alcançando, também, o cônjuge casado sob o regime da separação convencional.

Como visto acima<sup>125</sup>, de acordo com o CCB, a eficácia do regime de bens tem início com o casamento e projeta-se para depois da extinção da união, influenciando no domínio do Direito Sucessório. Pela constatação alcançada alhures, a produção dos efeitos provenientes do regime de bens não cessará com a abertura da sucessão, prorrogando os seus efeitos para além do óbito, sendo esta a natureza que se retira do ordenamento em questão (*inter vivos* com projeção de efeitos *post mortem*).

Diante disso, é bem possível cogitar que o motivo determinante da exclusão sucessória do cônjuge casado sob o regime da separação de bens seria a presunção absoluta da individualização dos bens de cada um, prolongada para depois da morte, uma vez que

---

<sup>122</sup> Reale (2003, p. 2) entende a separação obrigatória como gênero que inclui duas espécies, prelecionando da seguinte forma: “Nessa ordem de idéias, duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do artigo 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão “separação obrigatória” aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do artigo 1.641.” Com respeito aos ensinamentos do douto professor, acreditamos forçoso subverter esta classificação, para deduzir a obrigatoriedade do referido pacto, consequência natural do acordo de vontades, que não precisaria destacada como distinção entre as duas formas deste regimes, que mais nos parece ser assim caracterizada em razão da imperatividade normativa.

<sup>123</sup> Seguindo esta trilha, assevera Zeno Veloso (2010, pp. 69-70): “[...]o Código Civil, no art. 1.829, I, indicou, expressamente, o regime de bens do casamento em que **não** ocorre a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes, e não está citado o regime da separação convencional, razão pela qual só se pode chegar a uma conclusão: há concorrência entre o cônjuge e os descendentes se o casamento seguiu esse regime da separação convencional, referido no art. 1.687.” Complementa Salomão Leite (2008, p. 138): “[...] quando são relacionadas as hipóteses de não concorrência do consorte sobrevivente, em vez de utilizar a expressão genérica ‘separação de bens’, o legislador fez questão de detalhar que o comando estava direcionado apenas aos casos de ‘separação obrigatória’.”

<sup>124</sup> Urge referir à Reale (2003, p. 2), que afirma, neste sentido: “Em um código os artigos se interpretam uns pelos outros”, eis a primeira regra de Hermenêutica Jurídica estabelecida pelo juriconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código de Napoleão.”

<sup>125</sup> No capítulo 7, que trata da “Participação sucessória do cônjuge e a influência do regime de bens: explicitação centrada no direito brasileiro”.

preconizam a livre administração do seu patrimônio. Acontece que o prescrito se abstém quanto à separação convencional, ausência elementar para não ser esta a razão que sustenta a referida disposição.

Na contramão daquele raciocínio, mais adequado seria considerar que o fato de se manterem casados até o falecimento de uma das partes transparece, por si só, indícios do desejo de mútuo amparo e proteção. Não necessariamente a escolha do regime da separação de bens decorre do interesse dos nubentes na eterna incomunicabilidade do seu acervo, seja em vida ou após a sua morte. Outras razões podem motivar a eleição da separação de bens, mantendo o interesse do casal no benefício recíproco, principalmente caso algum deles venha a faltar.

É crucial ressaltar que o modelo de livre administração em que se funda este regime não afasta a ideia primordial do casamento, assente na comunhão plena de vida, com respeito e assistência mútua. Ademais, isto decorre, inclusive, dos próprios fundamentos que fizeram o cônjuge ser erigido à primeira classe de sucessíveis, concorrendo com descendentes, devido à relevância que presumidamente ocupa na cadeia prioritária das relações do *de cuius*.

Consequentemente, embora criada a expectativa de incomunicabilidade durante todo o vínculo, também para os descendentes, além da oportunidade de organização patrimonial de ambos os cônjuges (acaso sobrevivam ao outro), não seria desnecessário protegê-lo na eventualidade do falecimento do seu consorte, tão pouco presumir que a última vontade do *de cuius* não seria beneficiar quem compartilhou consigo os maiores momentos de intimidade. Afasta-se, também quanto à separação convencional, quando cotejada com a sucessão do cônjuge, a ideia de utratividade dos efeitos dos regimes de bens.

Do mesmo modo que a designação sucessória dos descendentes, por pressupor a destinação sucessória precípua para os mesmos, todos os fundamentos exaustivamente demonstrados neste estudo conduzem à vontade do falecido em não desamparar o viúvo, razão essencial da sua concorrência em primeira classe. Não seria, portanto, a estipulação prévia<sup>126</sup> de regime de bens que preconiza a livre administração patrimonial a responsável por refutar o chamamento do falecido.

Parece-me, aqui, que o legislador segue, novamente, a linha do método de

---

<sup>126</sup> Não cabe perquirir a intenção ou finalidade da eleição deste regime típico de bens, por ser elemento psicológico e, por isso, inatingível. Não necessariamente a escolha do regime da separação de bens decorre do interesse dos nubentes na eterna incomunicabilidade do seu acervo, seja em vida ou após a sua morte. Outras razões podem motivar a eleição da separação de bens, mantendo o interesse do casal no benefício recíproco, principalmente caso algum deles venha a faltar. É crucial ressaltar que o modelo de livre administração em que se funda este regime não afasta a ideia primordial do casamento, assente na comunhão plena de vida, com respeito e assistência mútua. Ademais, isto decorre, inclusive, dos próprios fundamentos que fizeram o cônjuge ser erigido à primeira classe de sucessíveis, concorrendo com descendentes, devido à relevância que presumidamente ocupa na cadeia prioritária das relações do *de cuius*.

“composição autolimitativa das posições” do cônjuge, descrita no tópico acima, sob o ideal anteriormente declarado de que “quem herda, não meia, e quem meia, não herda”. Com relação à separação convencional, seguiríamos caminho reverso ao da comunhão universal, pois estaríamos diante da ausência de meação, a clamar, por consequência, pela vocação hereditária.

Este raciocínio nos leva a afirmar que não se deve optar pela alínea *b*) nas alternativas acima fornecidas, negando, veementemente, o posicionamento que pretenda “averiguar eventual *ratio* diversa deste dispositivo, baseando-se nos pressupostos deste estatuto patrimonial e compatibilizando-o com o sistema no qual está inserido, concebendo um provável “cochilo” do legislador, a demandar um alargamento da referida exceção”. Com efeito, a expressa dicção da exceção no interdito da concorrência do viúvo com descendentes restringe, devidamente, à separação obrigatória de bens, contribuindo como fundamento inafastável para impedir interpretação extensiva desta tutela restritiva<sup>127</sup>.

Reconhece-se, afinal, a desnecessidade de inclusão da separação convencional de bens junto aos regimes apostos logo após à locução “salvo se” no art. 1.829, I, do CCB. Ali, devem ser albergadas apenas três exceções: comunhão universal, separação obrigatória e a comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares<sup>128</sup>. A estas, não devemos acrescentar arbitrariamente a separação convencional, admitindo um “cochilo”<sup>129</sup> do legislador<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> Esta orientação não conforma uma incompatibilidade sistemática com os demais preceitos do CCB, principalmente do art. 1.687, pois este está circunscrito à vigência do matrimônio, enquanto a posição do cônjuge como substrato *post mortem* um caráter protetivo, buscando não desampará-lo patrimonialmente.

<sup>128</sup> Em sentido diverso, orienta o REsp (STJ) nº 992.749-MS, rel. Min. Nancy Andriighi, julg. 1º-12-2009, ao dispor que: “O regime da *separação obrigatória de bens*, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) *separação legal*, (ii) *separação convencional*. Uma decorre da lei e 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 a 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 não é herdeiro necessário.” *Data vénia* deste entendimento, nos apercebe que há uma confusão entre as posições de meeiro e herdeiro do cônjuge, como se o não recebimento da meação conduziu logicamente à exclusão da sucessão, o que, em verdade, não ocorre, por ter esta última caráter protecionista, enquanto aquela a presunção do esforço comum do casal na construção do patrimônio. Analisando esta colocação, se posiciona Benedito de Oliveira (2008, p. 127): “[...] o regime da separação convencional de bens, ajustado por escritura de pacto antenupcial, por implicar domínio, administração e disposição exclusiva dos bens pelo respectivo cônjuge titular (art. 1687 do CC), obsta ao direito de meação mas não impede o direito de concorrência do cônjuge sobre a quota hereditária dos descendentes.”. Assim também se posiciona Rizzardo (2011, p. 171): “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.”.

<sup>129</sup> Assim entende Reale (2003, p. 3), pois defende que: “Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inciso I do artigo 1.829 (*sic*), o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo “obrigatória”. Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, ‘se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens’. Aproveitar-se-ia, outrossim, a oportunidade para eliminar a errônea remissão ao parágrafo único do artigo 1.640.”.

<sup>130</sup> Conforme destaca Veloso (2010, pp. 69-70): “[...] o Código Civil, no art. 1.829, I, indicou, expressamente, os regimes de bens do casamento em que **não** ocorre a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes, e não está citado o regime da separação convencional, razão pela qual só se pode chegar a uma conclusão: há

Como cânone hermenêutico elementar, frise-se, não cabe ao intérprete buscar restringir direitos onde o legislador não o fez, tendo em vista a criação de prejuízos provenientes de uma interpretação ampliativa da norma limitativa, e não verdadeiro limite predeterminado pelo texto codificado.

Autoriza-se, apenas, compreender como *numerus apertus* rol permissivo ou descritivo, porquanto agir em benefício daqueles que foram excluídos, numa atividade inclusiva, o que não ocorre no caso em apreço, cuja dilatação das hipóteses aventadas prejudicaria o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens<sup>131</sup>, que pelo teor normativo tem salvaguardada a sua posição sucessória<sup>132</sup> em concorrência com os descendentes.

---

concorrência entre o cônjuge e os descendentes se o casamento seguiu esse regime da separação convencional, referido no art. 1.687.”

<sup>131</sup> Este foi o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, entendendo pela concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes se casado pelo regime da separação convencional de bens, como se vê do aresto colacionado a seguir: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. 1. [...] 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. *O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.* 4. [...] 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. *O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.* 7. *Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).* 8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido”. (STJ - REsp: 1472945 RJ 2013/0335003-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2014)

<sup>132</sup> Simão (*Separação...* 2010, pp. 15-16) traz três razões para restringir a exclusão da concorrência sucessória ao regime da separação obrigatória de bens: “i) porque a regra é a concorrência sucessória (conforme a própria redação do inciso I do art. 1.829) e as exceções devem estar expressas. O regime da separação convencional de bens não configura entre as exceções legais; ii) em análise histórica da sucessão do cônjuge, percebe-se que desde 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, o cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens tinha direito ao usufruto viudal, exactamente para lhe garantir condições de sustento (patrimônio mínimo). Tal direito foi substituído pelo direito de propriedade (mais amplo), e então, o cônjuge passou a ser condômino dos descendentes e assim viu garantida sua subsistência; iii) toda exceção à concorrência entre cônjuge e descendente tem por base a existência de meação. Em havendo meação de bens, não há motivo para a concorrência. No regime da separação convencional, em razão do pacto antenupcial, meação não haverá. Naturalmente, inexistindo meação, cônjuge e descendentes partilharão os bens da herança.”

Não nos esquivamos da certeza de que, sob a égide da separação de bens, durante todo o *iter* matrimonial há uma livre administração do patrimônio pelas partes, podendo precaver-se dos infortúnios da vida. Discordamos, nesta linha de raciocínio, da comunicabilidade quando a dissolução matrimonial ocorre ainda em vida, pela eleição deste regime de bens (iniquidade da Súmula nº 377/STF), em virtude da sua natureza determinar a individualização dos seus bens – sendo certo que, caso se toquem, se assemelhariam à comunhão parcial (regime legal), tendo por despicienda a escolha prévia. Entretanto, não nos emudecemos quanto à participação sucessória do consorte na herança do seu par, mesmo que sob razões distintas do método de compensação patrimonial utilizado pela norma sucessória brasileira<sup>133</sup>.

O fundamento que determina a vocação sucessória do cônjuge casado pela separação convencional (admitida aqui a construção normativa brasileira) não é a ausência de meação. As linhas explicativas que trouxemos são plenamente esclarecedoras da motivação. Na verdade, como dito, a eleição de modelo onde impera a livre administração não indica um interesse em privar o cônjuge da vocação hereditária.

Tendo em vista o fim da eficácia do regime de bens quando da extinção de um dos consortes, ao viúvo caberá participar da sucessão do seu par sob o pálio da presunção protetiva do Direito Sucessório, pela qual o autor da herança visa favorecer e amparar aqueles com quem guarda os maiores laços de afeto, dentre os quais, em primeira classe, inclui-se o cônjuge. Então, apesar de concordarmos com a exclusão da separação convencional na limitação do art. 1.829, I, do CCB, agimos sob fundamento diverso, não condizente com a mera ausência de meação, que naturalmente decorre deste regime-tipo<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Este é o posicionamento defendido, também, por Maria Berenice Dias (2007, p. 475), quando preleciona de modo contundente: “[...] se a lei só exclui o direito nos regimes de comunhão universal, separação legal de bens e em uma modalidade da comunhão parcial – a depende da existência ou não de bens particulares do *de cujus* –, a conclusão não pode ser outra: nos demais regimes, quais sejam, o da separação convencional de bens, o da participação final de aquestos e em uma modalidade do regime da comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente concorre com os herdeiros na herança do falecido.”

<sup>134</sup> Cotejando todos os fundamentos que confluem para uma interpretação restritiva quanto à previsão da separação de bens, apenas na sua forma obrigatória, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro externou entendimento recente, posicionando-se pela vocação hereditária do cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens. Preclara o Acórdão do REsp nº 1.472.945 – RJ, em resumo da sua ementa: “Recurso especial. Direito das sucessões. Inventário e partilha. Regime de bens. Separação convencional. Pacto antenupcial por escritura pública. Cônjuge sobrevivente. Concorrência na sucessão hereditária com descendentes. Condição de herdeiro. Reconhecimento. Exegese do art. 1.829, I, do CC/02. Avanço no campo sucessório do Código Civil de 2002. Princípio da vedação ao retrocesso social. 1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna. 2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social. 3. *O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente*

Mais uma vez, cumpre advertir que não se deve confundir as posições de meeiro e herdeiro, pois somente com a internalização desta visão dicotômica desobstrui-se a névoa que encobre a dubiedade inerente ao encontro da vocação hereditária com o regime de bens.

Enfim, reconhecida a “suficiência da literalidade da norma”, devemos ainda nos deter ao exame das particularidades que envolvem a ressalva do chamamento sucessório do cônjuge submetido ao regime da separação obrigatória de bens. Agiu corretamente o legislador? Esta previsão respeita os preceitos do Direito Sucessório? Qual a *ratio* da sua presença neste dispositivo?

Apesar de discordarmos de qualquer tutela limitativa da vocação sucessória do viúvo, nos filiando à diretriz lusitana expressa no art. 2133º do CCP, esta análise deve partir da preexistência da separação obrigatória de bens no art. 1.829, I, do CCB.

De tal modo, pelo caráter protetivo/sancionatório da separação imposta pela lei, admitir a comunicação do patrimônio pelo próprio ordenamento seria, ao menos, anti-sistemático. Isto porque, se há previsão no corpo do Diploma Civil de imperativa determinação do regime da separação de bens caso constatados um dos casos elencados pelo próprio texto, as suas razões determinantes não devem terminar com a morte de um dos cônjuges.

Diante da concepção da natureza *inter vivos* com projeção dos feitos *post mortem*, esta disposição normativa está em conformidade com a aplicabilidade do art. 1.641 do CCB. Aliás, somente assim é possível preservar as acepções protetiva e sancionatória que advém desta prescrição. Por razões lógicas, predeterminar a comunicação dos bens, após a abertura da sucessão, traria fragilidade à cogente disposição de aplicação da separação de bens, tornando o prescritivo inócuo.

Portanto, por mais que defendamos a total dissociação entre o regime de bens e

---

*dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua *post mortem*. 5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil. 6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente. 7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988). 8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular. 9. Recurso especial não provido.”. (STJ - REsp nº 1.472.945 - RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, T3, J. 23/10/2014).*

a vocação sucessória, neste caso específico, partindo da premissa de respeito aos limites da norma posta, apenas seria admitida esta hipótese como ressalva, pois visa preservar a própria consistência interna do Diploma civilista.

Por estas razões, defendemos a composição de imagem semelhante ao CCP, que atribui indistintamente ao cônjuge sobrevivente a participação sucessória, sem condicionar ao estatuto patrimonial do casamento. E isto preservaria, inclusive, a não inclusão da separação convencional dentre os regimes elencados pelo legislador brasileiro, como já acontece com a norma em vigor. Entretanto, pela orientação seguida pelo CCB (com a qual, repita-se, não concordamos), admite-se como devida, apenas, a exclusão pelos nubentes submetidos à separação obrigatória, mantendo fora, do mesmo modo, a forma voluntária<sup>135</sup>. Contudo, se aplicada a sistemática lusitana, resolvidas estariam não apenas esta, mas todas as questões suscitadas pela exclusão sucessória do cônjuge pelo regime de bens.

### 8.3. COMUNHÃO PARCIAL E OS BENS PARTICULARES

A partir de 1977 (com a Lei nº 6.515), no Brasil, a *comunhão parcial de bens*<sup>136</sup> substituiu a comunhão universal na condição de regime legal<sup>137</sup>, aplicando-o na falta de manifestação dos noivos, ou mesmo se for o pacto antenupcial nulo ou ineficaz (art. 1.640).

De acordo com o regramento que disciplina este regime-tipo, o acervo comum corresponderá àquele constituído na constância do casamento, com as exceções legais aplicáveis, partindo-se da premissa de presunção de esforço comum decorrente do vínculo conjugal<sup>138</sup>.

<sup>135</sup> Seguindo esta mesma orientação, Castro Palermo (2007, p. 51), indicando ser esta posição contraditória ao quanto inferido por Miguel Reale, afirma que: “Parece, no entanto, que a tendência será a da manutenção da opinião contrária à de Miguel Reale, ou seja, a de que, na separação convencional de bens, o cônjuge participa da sucessão, se for obedecido o espírito de proteção ao cônjuge sobrevivente que norteou a redação do atual Código Civil.”

<sup>136</sup> No ordenamento jurídico português o regime de bens correspondente é o da *comunhão de adquiridos*, que também possui aplicação supletiva (conforme determinação do art. 1717º), tendo semelhante substância, admitindo a mesma interpretação utilizada para o regime da comunhão universal, restando sua análise composta por três blocos: dois individuais, de cada um dos cônjuges, e um bloco constituído pelo patrimônio comum, sobre o qual incidirá a meação. A previsão normativa encontra-se entre os arts. 1721º e 1731º do Código Civil português.

<sup>137</sup> Colani (2006, p. 154) não utiliza a mesma terminologia e define a comunhão parcial como “regime-base matrimonial no direito brasileiro”.

<sup>138</sup> Não se presume a exclusiva colaboração financeira, admitindo-se a contribuição para a manutenção do lar, sendo o esforço realizado em prol da tranquilidade familiar. Neste sentido, o entendimento do TJDF, no julgamento da Apelação nº 2007.01.1.152001-3, 1ª Turma, rel. Des. Flávio Rostirola, p. 10.11.2009. O entendimento do TJMG inserto na ApCiv nº 1.0024.08.173701-7/001, 4ª C.Civ, rel. Des. Almeida Melo, p. 10.08.2010, indica o momento em que cessa a comunicação dos bens, ao dispor que: “Nos termos do disposto no art. 1.660, I, do Código Civil, integram a comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges. Rompido o vínculo do casal, não há que se falar em partilha

Para uma melhor visualização, imaginem-se três blocos de patrimônio (A,B e C), dois individuais (A e B) e um comum (C), salvaguardando nos primeiros os bens particulares, discriminados no art. 1.659 e 1.661<sup>139</sup>, que não tocam o bloco comum, cuja composição virá dos bens adquiridos na forma dos arts. 1.660 e 1.662<sup>140</sup>. Com isso, notadamente pela clara dicção do art. 1.658 do CCB, somente serão comunicados “os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento”, excluindo-se aqueles adquiridos por ato de liberalidade (doados ou herdados) em prol de um dos cônjuges, tendo a meação como termo inicial absoluto o ato do casamento<sup>141</sup> e final a extinção do vínculo<sup>142</sup>.

Com a dissolução da sociedade conjugal regida por este regime, a meação será composta pelos bens que integram o bloco C, sendo inatingíveis os blocos A e B, preenchidos pelos bens particulares de cada cônjuge, que não podem ser amealhados. Pela parca utilização do pacto antenupcial na realidade brasileira, este é o regime mais recorrente nos matrimônios realizados após a Lei nº 6.515/77<sup>143</sup>, marco inaugural da sua previsão como regime legal.

Desde o nascimento do CCB atual, a sucessão do cônjuge casado sob este regime tem suscitado inúmeras controvérsias, por mais que surja camuflado por detrás da má redação da segunda parte do art. 1.829, I. A interferência direta introjetada sobre a concorrência com os descendentes torna relevante o seu exame a partir deste momento.

---

de bem adquirido posteriormente.”. Relevante, ainda, o entendimento do STJ no julgamento do REsp nº 1.318.599/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/4/2013.

<sup>139</sup> **Art. 1.659.** Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. **Art. 1.661.** São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

<sup>140</sup> **Art. 1.660.** Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. **Art. 1.662.** No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

<sup>141</sup> Este foi o entendimento externado pelo Min. Paulo Tarso Severino no julgamento do Recurso Especial nº 848.660/RS, Terceira Turma, j. 03.05.2011, p. 13.05.2011, afirmando que “a comunhão parcial de bens, como é cediço, funda-se na noção de construção de patrimônio comum durante a vigência do casamento, com separação, *grossa modo*, apenas dos bens adquiridos ou originados anteriormente.”

<sup>142</sup> Neste sentido, o Acórdão do TJDF (ApCiv nº 2010.07.1.004990-0; rel. Des. Lécio Resende; p. 16/09/2011) afirmando que “havendo bens com prestações a pagar, deve ser partilhado somente aquilo que foi efectivamente quitado na constância do casamento”.

<sup>143</sup> Colani (2006, p. 154) justifica esta difusão da comunhão parcial por considera-lo como “o menos burocrático dos regimes, dado que se consolida sem a necessidade de pacto antenupcial, ou outros instrumentos. Além disso, vale dizer, é o mais justo dos regimes, ao nosso ver, uma vez que corresponde aos exatos anseios dos nubentes que esperam construir vida em comum, inclusive patrimonial, sem desprezar a origem de seus bens já adquiridos, ou que tenham causa anterior (heranças, por exemplo).”

Quanto à melhor forma de compatibilizar a sua aplicação com os preceitos do ordenamento onde se inclui, reside dúvida acerca da intervenção estrutural normativa (modificação legislativa) ou obediência aos limites da norma, com a conseqüente construção hermenêutica. Trata-se de conclusão a ser obtida pela averiguação detida das suas nuances, a principiar pela coincidência com os termos que sustentam a exclusão sucessória pela comunhão universal.

Na específica situação da comunhão parcial de bens há uma dupla-reversão. Inicialmente, se casado sob este regime, o cônjuge será excluído da sucessão do seu consorte, quando concorrer em primeira classe. Entretanto, havendo bens particulares ocorre uma espécie de “revogação” do seu afastamento, reconvocando-o, em ato contínuo, a participar sucessoriamente. Isto não acontece por uma duplicidade de atos, a averiguação é feita em conjunto, sendo assim elucidada para distinguir os acervos que possuem ou não bens particulares.

Por mais que seja este o elemento determinante da vocação hereditária, a celeuma contempla o campo de incidência do quinhão sucessório do cônjuge. Deverá a sua quota hereditária abarcar a totalidade do acervo, somente o patrimônio comunicável ou os bens exclusivos do autor da herança. Novamente, o fundamento normativo parte de premissa equivocada, subjacente na interpenetração das posições de herdeiro e meeiro do cônjuge<sup>144</sup>.

A construção textual deste artigo, dotado de uma dupla negação – uma inicial, através da expressão “salvo se”, e outra na segunda parte, utilizada para limitar as hipóteses da comunhão parcial aos casos em que o *de cuius* possua bens particulares – demonstra a falta de rigor técnico empregado na elaboração deste texto.

Afigura-se evidente a inadequação gramatical deste dispositivo, aliada à impropriedade da condição injuntiva de ter sido o viúvo casado com o *de cuius* em determinado regime de bens. Isto caracteriza inconcebível falha do legislador, que não primou por uma redação clara neste campo, para se fazer compreender claramente, facilitando a sua interpretação. Enquanto isso, o sistema lusitano, repise-se, fez-se entender perfeitamente, ao dissociar a participação sucessória do cônjuge dos regimes de bens.

Em suma, por esta previsão normativa do CCB, somente haverá concorrência em primeira classe daqueles submetidos ao regime legal, quando o autor da herança houver deixado bens particulares. Deve-se proceder à análise da composição do acervo hereditário,

---

<sup>144</sup> A isto, Berenice Dias (2013, p. 170) acrescenta que “se a intenção foi excluir o direito de concorrência quando o sobrevivente recebe a meação, a exceção deveria levar em conta a existência ou não de bens comuns e não a existência ou não de bens particulares.”

quando presente a opção pela comunhão parcial, adotando-se, neste contexto, uma das seguintes condutas: na ausência de bens particulares do falecido, exclui-se o viúvo da sucessão, chamando apenas os descendentes; diante de patrimônio incomunicável do *de cujus*, concorrerá o cônjuge sobrevivente com os descendentes.

Embora defensor de posição contrária à associação entre a sucessão do cônjuge e os regimes de bens, em respeito ao preceito legal, constata-se que em relação à *primeira* conduta, assente na vocação exclusiva dos descendentes, não suscita dúvidas. Como visto, neste caso não se opera a “dupla-reversão”, mantendo-se o obstáculo da condição primária de ser o viúvo casado sob a comunhão parcial de bens. Segundo o art. 1.829, I, do CCB, a inexistência de bens particulares do falecido, por si, retira do cônjuge o direito de herdar em primeira classe.

Problemática mais complexa surge quando há bens particulares. Porém, a questão não envolve unicamente o chamamento em si, guarda ainda relação com a abrangência patrimonial da participação do cônjuge. Que a presença de acervo particular determina a vocação, pouco ou quase nada se discute. Contudo, pela irresolúvel ponderação do patrimônio sucessório que responde pelo quinhão hereditário do viúvo, conseqüência da omissão normativa a respeito, impende deixar aqui o nosso contributo.

Repete o legislador, como em tanto outros momentos alertados neste estudo, a inconsistente maneira de empregar ao cônjuge as posições de meeiro e herdeiro<sup>145</sup>, ocasionando verdadeira interpenetração entre estas. Acreditando na satisfatória composição patrimonial do cônjuge pelo presuntivo recebimento da meação, no uso da operação cognominada de “compensação autolimitativa das posições”, mais uma vez o CCB trabalha com a ultratividade da eficácia do regime de bens. Como consequência desta lógica, estende a sua aplicação para o aspecto abstrato da norma, por entender desnecessário o amparo sucessório conferido pela concorrência ao acervo com os descendentes, ante a existência de bens comunicáveis.

No entanto, como reiteradamente esclarecido, a meação e a quota hereditária não devem ser objeto de mútua compensação, pois traduzem-se em posições jurídicas diversas, com substância e finalidades distintas. É até admissível, isto é verdade, uma interferência indireta em termos patrimoniais, principalmente porque a herança também é composta pela meação do *de cujus*, que acresce a eventuais bens particulares para formar o patrimônio sucessório. Decorre esta confusão, como já salientado, porque a extinção do vínculo conjugal e a abertura

---

<sup>145</sup> Este foi o entendimento consagrado no julgamento do EDcl nº 70042376822, TJRS, Rel. Roberto Carvalho Fraga, salientando que “de início, cabe destacar que o direito à herança, que se reconhece ao cônjuge sobrevivente, não se confunde com sua meação. De acordo com Maria Helena Diniz, in Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 6, 21ª. ed, Saraiva, 2007, p. 137, ‘a meação é um efeito da comunhão, sendo regida por normas alusivas ao direito de família, enquanto o direito sucessório, em regra, independe do regime matrimonial de bens’.”.

da sucessão comingam da mesma causa (a morte), o que, apenas por si, não autoriza uma anulação recíproca.

Este entendimento nebuloso do CCB, assente no caráter subsidiário do aspecto sucessório em relação aos efeitos do estatuto patrimonial do casamento, considera como benefício exacerbado o recebimento pelo cônjuge da meação e da quota hereditária (na contramão do art. 2133.º do CCP). Vantagem maior, por este raciocínio, adviria da comunhão parcial de bens, posto que, além de amealhar o patrimônio comum, o cônjuge seria chamado à sucessão. Assim, concorrendo apenas com um descendente do falecido e sendo o acervo totalmente comum, ao viúvo seriam destinados  $\frac{3}{4}$  dos bens constituídos na constância do casamento, divisão que soaria incompatível com a regra compensatória definida para o CCB.

Vale, aqui, rememorar todos os fundamentos aclarados no Capítulo 3, desta Parte II, quando tratamos da “participação sucessória do cônjuge e a influência do regime de bens”, retomando a sua leitura, se necessário.

As razões de cada uma destas posições jurídicas, como sabemos, são diversas: é *meeiro*, pela presunção de esforço comum para a formação do patrimônio comunicável, acervo sobre o qual detém a titularidade do direito de propriedade desde a sua aquisição, faltando apenas a sua individualização, que ocorre com a dissolução do elo conjugal, neste caso, com a morte; é *herdeiro*, pela característica protetiva inerente à sucessão, que busca não deixar desamparados os entes mais próximos do falecido, que, também por presunção, compartilham consigo dos meios próprios de subsistência, inclusive se precavendo para situações em que o *de cuius* somente possua bens particulares, que, pela incomunicabilidade, não sejam amealhados<sup>146</sup>.

Ocorre que, a ultratividade que o CCB confere aos efeitos do regime de bens modifica a originária dicotomia entre estas posições. O elemento eficaz da condição de meeiro consubstancia obstáculo intransponível à vocação sucessória, sendo herdeiro unicamente quando ou onde se afigura inexistente.

Prosseguindo, em atendimento ao interdito do artigo que contém a primeira classe de sucessíveis do direito brasileiro, as discussões se inflamam a defender, neste particular, sobre quais bens incide a sucessão do viúvo, quando o falecido era casado sob este regime e deixa bens particulares. Qual a amplitude dos seus direitos sucessórios? Concorre com

---

<sup>146</sup> Como defende Berenice Dias (2013, p. 170): “Como o direito de concorrência visa proteger o cônjuge para que ele não fique sem meios de sobreviver, melhor teria sido assegurá-lo em todas as hipóteses em que ele nada irá receber, ou por não existirem bens comuns, ou porque, a depender do regime de bens, o cônjuge não faz jus à meação.”.

os descendentes sobre a totalidade do patrimônio? Apenas com relação aos bens particulares? Sua participação se restringe aos bens comuns?

Por estas indagações, é bem possível perceber que alguns caminhos podem ser seguidos. São eles: a) o viúvo será meeiro em relação aos bens comuns e concorre apenas sobre os bens particulares; b) partindo-se da premissa do esforço comum, transpõe-se esta ideia para o âmbito sucessório, permitindo ao consorte concorrer somente sobre os bens comuns; c) além da meação, o cônjuge participa sucessoriamente sobre a totalidade da herança, sem qualquer ressalva.

A primeira hipótese corresponde ao posicionamento majoritário da doutrina brasileira. Considera-se que a *mens legis* tem por finalidade estender a sua proteção, limitando-a, porém, ao acervo particular do autor da herança, por já haver o cônjuge participado do patrimônio comum ao receber a sua meação<sup>147</sup>.

Critica-se este entendimento por quatro aspectos basilares do fenômeno sucessório: há evidente confusão das posições de meeiro e herdeiro do viúvo, interpretação que deve ser evitada a todo custo, conforme exaustivamente explicitado; afasta-se este entendimento, ainda, pelo desrespeito à igualdade de quotas entre os integrantes da primeira classe (art. 1.832, *primeira parte*), inatingível neste modelo; não é possível, por esta orientação, assegurar a reserva mínima da quarta-parte do cônjuge (art. 1.832, *segunda parte*); por fim, reparte-se, ainda, a herança em dois blocos, em ofensa ao art. 1.791 do CCB, que a define como um todo indivisível, não obedecendo a sistematicidade normativa.

Ultrapassando a exaustiva explicação da distinção entre as posições jurídicas ocupadas pelo viúvo com o falecimento do cônjuge, meeiro e/ou herdeiro, partimos para elucidar as demais críticas desta corrente. Quando se fala em *desrespeito à igualdade de quotas entre os integrantes da primeira classe*, retiramos esta conclusão da clara dicção do art. 1.832 do CCB, que determina a igualdade de quinhão entre os cônjuges e descendentes. Percebe-se, com isso, que em momento algum o prescritivo menciona a equiparação diante dos bens

---

<sup>147</sup> Acerca desta orientação, se posiciona Daneluzzi (2004, pp. 173-174): “Em nosso pensar, o cônjuge sobrevivente só sucederá, em relação ao regime da comunhão parcial, no que pertine aos bens particulares, isto é, em relação aos bens que seriam incomunicáveis em razão desse regime (CC, art. 1.659); retirando a sua meação, que não se confunde com a herança, a outra metade, correspondente ao *de cuius*, não fará parte do acervo hereditário do cônjuge supérstite, somente dos descendentes. E, se não houver tais bens, caberá ao cônjuge, tão-somente, a meação a que faria jus, em decorrência do regime (CC, art. 1.659, I).”. Compartilha deste entendimento Zeno Veloso (2010, p. 42): “Se o regime foi o da comunhão parcial, a concorrência, **em princípio, não ocorre**, mas se dará se o autor da herança houver deixado bens particulares, **e só com relação a tais bens particulares**. Dos outros bens, que são os comuns, o cônjuge já é meeiro, e não há razão para que ainda concorra com os descendentes com relação a esses bens comunitários.”. Assim também esclarece Gonçalves (2012, p. 171): “O quinhão hereditário correspondente à meação do falecido nos bens comuns será, assim, repartido exclusivamente entre os descendentes, sendo que o cônjuge somente será sucessor nos bens particulares.”.

particulares ou mesmo em relação ao patrimônio comum.

De igual modo, quando neste mesmo excerto normativo resguarda ao cônjuge a quarta-parte da herança, não relaciona a sua quantificação com parcela do acervo composta apenas pelos bens particulares. Sendo omissa quanto a isso, o legislador força uma interpretação sistemática, de modo a compatibilizar todas as normas que gravitam em torno da formação do acervo hereditário.

Se há necessidade de distribuição equânime das quotas, como poderia ser obedecida esta regra diante da subdivisão do acervo hereditário entre a meação e os bens particulares do autor da herança? Além disso, a quarta-parte do patrimônio particular somente corresponde à mesma parcela da herança na ausência de meação, seria para estas situações o referido art. 1.832?

Dito isto, recorre-se à norma consagrada nas disposições gerais do direito sucessório, precisamente o art. 1.791 do CCB, que define herança “como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”. É este o aspecto central que irá decretar a falibilidade deste entendimento. Em suma, a herança é considerada um todo indivisível, não cabendo repartí-la em grupos para qualquer finalidade, muito menos para sustentar a vocação do cônjuge para herdar apenas sobre parte desta massa<sup>148</sup>.

Não há como suscitar a participação sucessória do cônjuge apenas sobre o acervo particular do autor da herança, excluindo-se a meação daquele da partilha a ser perpetrada entre os herdeiros. Seguir este caminho resulta na desestruturação da composição da herança, dando natureza diversa da sua originária (naturalmente unitária), bem como admitindo a sua divisão em diversos blocos. Esta atitude influenciaria nos demais termos do fenômeno sucessório, v.g. a quantificação da legítima e da quota disponível, inoficiosidade das doações, além do próprio respeito aos ditamos do art. 1.832 do CCB.

Outra corrente, inclusive enunciada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>149</sup>, limita

---

<sup>148</sup> Rechaçando esta divisibilidade da herança, Maria Helena Diniz (2015, p. 56) leciona: “Como já diziam os romanos: *Nihil aliud est hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit* (nada mais é a herança do que a sucessão em inteiro daquilo que possuía o defunto). Com a morte abre-se a sucessão, e todos os bens deixados pelo *de cuius* formam uma massa única denominada espólio, que somente terá capacidade para estar em juízo após a abertura do inventário[...]”.

<sup>149</sup> Este foi o posicionamento assumido no julgamento do Resp nº 992.748/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, j. 01/12/2009, ao dispor que: “[...] a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes”. O STJ ainda seguiu o mesmo entendimento no REsp nº 1.117.563/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª turma, p. 06/04/2010. Prossegue neste sentido Berenice Dias (2013, p. 172): “[...] no regime da comunhão parcial, quando da morte do cônjuge o sobrevivente percebe a sua meação e concorre sobre os bens comuns. Os herdeiros ficam com a titularidade

a participação do consorte sobrevivente especificamente sobre o acervo comum conformado com o *de cuius*, sob a alegação de preservação da vontade quanto à escolha do regime de bens. Não poderia haver a comunicação do acervo particular após a morte, pois quando do casamento os nubentes optaram por amealhar somente o patrimônio adquirido depois das núpcias, cientes das ressalvas legalmente estabelecidas. Por esta razão, mantendo a vontade externada naquele instante, prolongando-se para atender o desejo do falecido, não deve participar o cônjuge sobrevivente da sucessão sobre a parcela não comunicável da herança, permanecendo intocável o acervo exclusivo do seu autor, como ocorrera em vida.

Em momento anterior já apresentamos alguns fundamentos que rechaçam esta orientação, indagando acerca da natureza jurídica do regime de bens face ao direito brasileiro, a nosso ver *inter vivos* com extensão dos efeitos *post mortem*, não havendo que se ater à vontade manifestada pelo *de cuius* na eleição de um dos regimes-tipo.

A sucessão pressupõe o amparo dos sucessíveis e não a extensão da vontade expressada na eleição do estatuto patrimonial do casamento, mesmo porque, como defendemos, a escolha do regime de bens pode ter diversas razões, não sendo presumível deste ato as consequências sucessórias do falecimento de um dos cônjuges. Somente isto bastaria para demonstrar que a incidência da participação do cônjuge como herdeiro vai além do patrimônio comunicável, conglobando a totalidade da herança, pautada na sua indivisibilidade.

Por fim, conformando orientação que entendemos mais apropriada para solucionar o entrave estampado na parte final do inciso I, do art. 1.829 do CCB, a concorrência do viúvo deve englobar a totalidade da herança, onde estará contida, inclusive, a meação do hereditando.

Como sabido, a herança é composta não apenas pelos bens particulares, tampouco isoladamente pelos bens comuns atribuídos ao falecido. A massa hereditária deve somar a meação do *de cuius* e os seus bens particulares, considerando-a, por expressa previsão legal, um todo indivisível<sup>150</sup>.

---

exclusiva do patrimônio preexistente ao casamento.”. O entendimento passou a ser adotado em outros tribunais brasileiros, a exemplo do TJMG, seguindo este posicionamento ao apreciar a questão na Apelação Cível nº 10024030404966001, de relatoria da Des. Selma Marques, Data de Julgamento: 03/09/2013, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/09/2013.

<sup>150</sup> Conforme destacam Hironaka e Cahali (2003, p. 213) “Convocado o cônjuge, terá direito a uma parcela sobre toda a herança, inclusive recaindo o seu quinhão também sobre os bens nos quais eventualmente já possui meação”. O pensamento de Diniz (2015, pp. 105-16), também é nesse sentido: “Pelo novo Código Civil, convém repetir, haverá concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuía patrimônio particular. Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art.1829, I, só poderá ser casado sob o regime de separação convencional de bens ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do de cuius(...)”

Através desta operação é possível aproximar esta disposição da previsão do sistema jurídico português, que acreditamos ser o ideal para regulamentar estas situações, sem distinguir a sucessão do cônjuge pelo regime de bens eleito. Permite-se, ainda, salvaguardar as posições jurídicas do consorte sobrevivente, como herdeiro e meeiro, sem confundi-las, conferindo ao cônjuge a integralidade do patrimônio que lhe é devido (de um lado, pelo esforço comum, e por outro, pelo aspecto protetivo e a presuntiva vontade do falecido em beneficiá-lo, em virtude do laço de afeto).

Deste modo, ante a necessidade de interpretar a norma dentro dos seus limites e do sistema no qual se insere, não há como subverter a sua *ratio* na vocação sucessória do cônjuge na primeira classe. A vinculação da sua participação à existência de bens particulares, pelo que se depreende do interdito, é condição *sine qua non* ao seu direito de concorrência com os descendentes. No entanto, será aquinhoadado com quota incidente sobre a totalidade da herança, e não apenas sobre os bens comuns ou particulares, pois neste momento não mais se discute a sua origem, cabendo apenas tratar da transmissibilidade dos direitos sucessórios, que não faz esta distinção.

Apoiada na atribuição ao viúvo de quota exclusivamente do patrimônio que ajudou a construir, um peculiar seguimento doutrinário, distinto daqueles apresentados, subverte a *ratio* deste dispositivo. Este posicionamento preconiza como condição para a participação do cônjuge, que adotou o regime legal, a ausência, e não a existência, de bens particulares do hereditando.

Ao contrário dos demais e à própria narração do dispositivo em comento, por esta exceção, na hipótese de comunhão parcial, quando existente acervo exclusivo, não concorreria o cônjuge com descendentes. Em situação diametralmente oposta, sem os respectivos bens próprios, o viúvo seria chamado a suceder sobre o patrimônio comum, que corresponderia, neste caso, à totalidade da herança.

Enquanto os descendentes herdariam em caráter de exclusividade sobre o patrimônio particular do autor da herança, o cônjuge concorreria com eles quanto aos bens comuns, além do direito à sua meação. Sua compreensão retira-se das lições de Maria Berenice Dias (2013, p. 170), responsável pela elaboração deste raciocínio, que criticamente a define por considerar que “a herança percebida pelo viúvo, constituída de bens particulares do falecido, não retornaria aos seus sucessores. Quando da morte do cônjuge sobrevivente, o patrimônio recebido seria transmitido aos seus herdeiros: novo cônjuge, novos filhos ou, ainda, seus

---

Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivo receberá sua meação, se casado sob o regime de comunhão parcial, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário”.

parentes colaterais.”.

Subjaz esta divisão do acervo do *de cuius*, também, na tentativa de evitar o enriquecimento injustificado, haja vista não ter o viúvo contribuído para conformar a parcela da herança unilateralmente construída pelo falecido. Visa, de igual modo, respeitar as disposições patrimoniais do regime de bens eleito para o matrimônio, pelo qual não se comunicam os bens particulares, amealhando-se aqueles adquiridos onerosamente após o casamento. Além de rechaçar a futura transmissão patrimonial para herdeiros não comuns dos cônjuges, numa permissão para retirada do patrimônio daquele núcleo familiar.

A discordância com este pensamento advém, em princípio, da equivocada leitura que se faz do dispositivo que regulamenta a situação *sub oculi*. A par da literalidade normativa, a regra expressamente confere ao cônjuge o direito de concorrência *quando existentes bens particulares*, sendo este o inafastável ponto de partida para a sua interpretação. Há como alargar a sua compreensão dentro de limites pré-definidos, como esta condição, desautorizando a atividade criativa, no intuito de forçar a defesa de um determinado posicionamento. Trata-se da interpretação literal da norma, cuja evidência no art. 1.829, I, do CCB torna inconsteste a participação do viúvo desde que tenha deixado bens particulares, e não em sentido contrário, admitindo-se a sua vocação quando restar unicamente patrimônio comunicável.

Consagra-se, ainda, a tentativa de afastar um suposto enriquecimento injustificado, seguindo pelo mesmo equívoco dos demais entendimentos, por sufragar a ultratividade da eficácia *mortis causa* do regime de bens. É mister esclarecer que, a incompatibilidade entre a distribuição patrimonial em vida e após a morte não conduz ao referido locupletamento pelo consorte sobrevivente, porquanto a posição sucessória pressupõe o seu amparo, autorizando a inclusão na sucessão integral da herança. O problema aqui não se coloca no desrespeito à indivisibilidade da herança, pois na hipótese de concorrência sustentada o viúvo o faz na sua totalidade. O equívoco deste entendimento está na vocação do cônjuge quando deveria ser excluído da sucessão, de acordo com a inteligência da norma específica.

Quanto ao chamamento do viúvo casado sob o regime da comunhão parcial, conclui-se que somente ocorrerá, ante a presença de condição necessária, se houver o falecido deixado bens particulares. Pelos fundamentos apresentados, nomeadamente a expressa referência ao acervo particular e o indivisível da herança, quando chamado a suceder herdará sobre a totalidade dos bens deixados pelo autor da herança, formado pelo acréscimo da meação aos seus bens exclusivos.

Por oportuno, ratifica-se o manifesto desagrado quanto ao teor do multicitado dispositivo, que deveria corresponder ao art. 2133.º do CCP, mas que, pela inovação legislativa,

acabou gerando incoerências como a interpretação da situação do viúvo casado sob o regime da comunhão parcial. O equívoco legislativo conduziu, como visto a posicionamentos externados que desconsideram o limite da norma concreta, bem como os preceitos básicos do fenômeno sucessórios, celeuma que não subsistiria se obedecido o rigor técnico de codificação que, inclusive, influenciou a sua redação.

#### 8.4. (IM)POSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE REGIMES ATÍPICOS E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS

Amparado pela falsa percepção de ter enquadrado na previsão do art. 1.829, I, todas as hipóteses suscetíveis a respeito da exclusão sucessória do cônjuge pelo regime de bens, o CCB não faz qualquer menção aos regimes de bens atípicos, cuja estipulação pode muito se assemelhar a algum modelo típico impeditivo da vocação do consorte, mas, diversamente, ensejar o chamamento do viúvo à sucessão pela simples característica da atipicidade.

Com relação à possibilidade de estipulação de regimes de bens atípicos diante do sistema jurídico brasileiro, não subsistem muitas dúvidas neste sentido. A permissão para o casal inovar na forma como irá gerir o seu patrimônio, a partir do casamento, advém do autorizativo expresso no art. 1.639, *caput*, do CCB, cuja dicção determina que é “lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Diante desta viabilidade de regimes atípicos, há duas orientações a serem seguidas: *primus*, construir um regime misto, delimitado pelas normas atinentes a uma das demais espécies previstas no Código Civil; *secundus*, desenhar um regime de bens completamente atípico, respeitando as balizas da ordem pública e dos bons costumes da legislação nacional. Acreditamos a criação de uma nova espécie de regime patrimonial, conseguida pela interpretação do art. 1.639, *caput*, do CCB, quando destaca que é “lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

Em momento algum o legislador buscou limitar a liberdade de estipulação dos nubentes àqueles regimes típicos, discriminados nos subtópicos anteriores deste Capítulo, permitindo abertamente aos contraentes disporem sobre “o que lhes aprouver”<sup>151</sup>. Concebeu, desta forma, a possibilidade de estabelecer regimes atípicos, originados da mistura dos estatutos

---

<sup>151</sup> Esta orientação difere do direito português, posto que dispõe no art. 1698º do Código Civil a possibilidade de estipulação de um regime misto “dentro dos limites da lei”, o que afasta a construção de um regime atípico, autorizando, apenas, que as partes mesquem os estatutos tipicamente preestabelecidos no ordenamento jurídico. A esta impossibilidade de estipulação de regimes atípicos cabe a crítica de Madaleno (2012, p. 20): “uma lei que não oferece alternativas conjugais revela dilemas, angústias, traumas conjugais e comoção social, tudo desaguando em conflitos presentes na convivência matrimonial”.

tipicamente previstos no CCB, ou até inéditos, sem qualquer remissão às normas dos demais estatutos patrimoniais trazidos na lei<sup>152</sup>. Vale dizer, a *ratio* deste dispositivo conduz a admitir a formulação de um regime totalmente novo.

Não se deve privilegiar a mitigação da autonomia privada dos noivos, atribuindo-lhes o direito de decidir o que fazer com o patrimônio constituído, retirando o controle das mãos do Estado e expurgando mais esta intervenção do seio íntimo do indivíduo. Com efeito, os únicos limites a serem observados devem residir no próprio sistema jurídico em que se insere, precavendo-se de incompatibilidades internas, bem como da ordem pública (como preceito de manutenção da estrutura social) e dos bons costumes.

Diante do exposto, questiona-se: Como o legislador compatibilizou estes regimes de bens atípicos com o direito concorrencial do cônjuge sobrevivente? Como fez com outras hipóteses, que podem ser assemelhadas a regimes inéditos, excluiu a vocação do viúvo pela simples semelhança ou sequer tocou nesta possibilidade? O critério utilizado, assente nas exceções normativas do art. 1.829, I, do CCB, atende materialmente ao princípio da igualdade, equiparando as situações jurídicas? Cabe reformular integralmente o preceito da concorrência sucessória do cônjuge com descendentes? Admite-se a exclusão sucessória pela análoga correspondência de determinado regime atípico a um dos modelos típicos trazidos pelo CCB?

O Código Civil de 2002 inaugura outra novidade, complementando o rol de disposições inéditas. Contorno desconhecido do ordenamento jurídico brasileiro até aquele momento, a permissão do art. 1.639, *caput*, quanto à estipulação de um regime-misto ou de uma nova espécie de regime de bens, projeta-se para o âmbito sucessório (em razão da natureza *inter vivos* com eficácia *post mortem* do regime de bens)<sup>153</sup>.

A inadequada associação entre a concorrência do cônjuge com descendente e o regime de bens, feita pelo legislador, se mostra ainda mais incongruente quando observada diante da sua análise sistemática, notadamente quando confrontada com a possibilidade de regimes diversos daqueles tipicamente enunciados no Diploma Civil.

---

<sup>152</sup> Destaca Cardoso (2010, p. 91) que o “regime misto nada mais é que o resultado da elaboração do pacto antenupcial firmado pelos nubentes e que contém disposições que mesclam regras dos regimes-tipo estabelecidos pela Lei [...]. Esse regime (misto) ainda poderá ser uma nova espécie, diferente daquelas previstas no Código Civil, com regras não estabelecidas nesses regimes legalmente fixados.”

<sup>153</sup> Como bem explicita Paulo Lôbo (2011, p. 334) ao conceituar o pacto/convenção antenupcial, afirmando que neste instrumento os nubentes gozam de uma autonomia, sendo que ela “diz respeito não apenas à escolha do regime distinto, dentre os previstos na lei (comunhão universal, separação absoluta ou participação final nos aquestos), mas o modo como serão reguladas suas relações patrimoniais, após o casamento, com liberdade, desde que não se pretenda fraudar a lei (por exemplo, o regime obrigatório) ou contra legítimos interesses de terceiros. Podem os nubentes fundir tipos de regimes, modificar regime previsto em lei, ou criar tipo de regime novo.”

Considerando a vedação à interpretação ampliativa das disposições restritivas de direito, as exceções do art. 1.829, I, não podem ser estendidas, ficando restritas às hipóteses comentadas nos subtópicos antecedentes. Sendo assim, não se incluem nestas as espécies atípicas de regimes de bens<sup>154</sup>.

A atipicidade destes estatutos patrimoniais são decompostas em *originais* e *mesclados*. As primeiras se referem à estipulação de estatuto patrimonial inovador pelos nubentes, que não encontre correspondência com nenhuma das outras quatro espécies típicas elencadas no CCB. Também dotados de atipicidade, os regimes *mesclados* originam-se da fusão de dois ou mais tipos, utilizando-se o casal das regras legalmente previstas para a regulamentação das suas espécies<sup>155</sup>. Cumpre ressaltar a necessidade de submissão à forma, através de pacto antenupcial, com a subsequente inclusão no processo de habilitação do casamento, condicionando-o, portanto, à chancela estatal.

Diante deste panorama, nasce a dúvida em relação à sucessão do cônjuge casado sob um regime atípico com o autor da herança, tendo relevância as consequências em cada uma das suas subespécies, original e mesclado.

Além disso, é curioso observar a possibilidade de conclusões diversas para situações semelhantes, quando as diferenças entre as supramencionadas espécies e os regimes-tipo forem singelas, mas existam, a ponto de caracterizar dado regime como atípico. Reafirma-se, por esta razão, a crítica direcionada à imprudência legislativa em vincular a participação sucessória ao regime de bens eleito para reger o casamento.

Se os nubentes optam por elaborar um regramento patrimonial que seja pautado, v.g., em disposições da separação de bens e da comunhão parcial, constituindo espécie atípica mesclada, não há como definir que se trata de uma das hipóteses de exclusão da concorrência com descendentes. Da mesma forma ocorre com a formulação de um estatuto patrimonial

---

<sup>154</sup> A este respeito, o Enunciado nº 331 CJF/STJ: “Art. 1.639: O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.”. Preleciona sobre o regime misto admitido pelo Diploma Civil Cardoso (2010, p. 91): “O regime misto nada mais é que o resultado da elaboração do pacto antenupcial firmado pelos nubentes e que contém disposições que mesclam regras dos regimes-tipos estabelecidos pela Lei [...]. Esse regime (misto) ainda poderá ser uma nova espécie, diferente daquelas previstas no Código Civil, com regras não estabelecidas nesses regimes legalmente fixados.”.

<sup>155</sup> Segundo Arruda (2013, pp. 7753-7754): “A lei não impõe aos nubentes um único regime, mas, sim, sob a égide de fórmula assaz ampla e flexível, permite-lhes “*estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver*”. Para tanto, oferece um catálogo com quatro opções previamente balizadas, os *regimes-tipo*, a saber, comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação total de bens e participação final nos aquestos. A liberdade conferida aos nubentes autoriza-lhes a adoção pura de qualquer dos modelos, a modificação dos regimes-tipo, com o baralhamento entre eles (regimes heterogêneos ou mistos), e mesmo a criação de novos tipos, totalmente personalizados e adequados à peculiar situação patrimonial do casal (regimes personalizados).”.

integralmente inédito, com cláusulas aparentemente semelhantes às normas da comunhão universal, por exemplo, porém sua regulamentação original não permite a exclusão do cônjuge da sucessão do par, sob o fundamento da aplicação análoga do regime do qual se aproxima.

Como consequência, resultariam díspares as soluções nestes casos, pois o viúvo concorreria com os descendentes se casado sob formato atípico, nada obstante a forte semelhança que guardaria com um dos estatutos típicos, e seria excluído em outra forma praticamente idêntica, apenas pela referência expressa decorrente da respectiva norma.

Verificada a impossibilidade de exclusão sucessória do cônjuge pela aproximação dos regimes atípicos das espécies legalmente previstas, buscando equipará-los por analogia, permanece acesa a certeza da negligência do legislador na referida vinculação entre a concorrência do viúvo e o estatuto patrimonial do casamento<sup>156</sup>.

Como visto, o cânone hermenêutico da restrição à interpretação extensiva das exceções impostas pelo dispositivo legal concluem pela vocação primária do cônjuge sobrevivente com os descendentes na sucessão do seu consorte, quando casado com o autor da herança por um regime atípico de bens.

Não é porque o intérprete tenta equipará-lo a um dos modelos legalmente enunciados pela norma civilista que se submeterá à exclusão sucessória. Pelo aspecto excepcional que guarda esta construção normativa, a sua retritiva aplicação exige que seja nominalmente reconhecido o regime de bens como comunhão universal, separação obrigatória de bens, ou comunhão parcial sem bens particulares, para que incida, na hipótese vertente, a noorma eliminatória. Certamente, se constatado um regime de bens atípico, torna-se inevitável a vocação sucessória do cônjuge sobrevivente.

Repise-se, por fim, a ideal disposição do art. 2133.º do CCP, que não conduziria a mais esta impropriedade, quando aplicado à situação tratada neste tópico. Sendo desnecessário o ingresso nos liames da atipicidade do regime de bens no CCP, não há que se perquirir acerca da vocação sucessória do cônjuge nesta situação, haja vista a completa dissociação existente entre a sua participação como herdeiro e o estatuto patrimonial eleito para reger o casamento.

---

<sup>156</sup> Com solução diversa, destaca Arruda (2013, pp. 7755-7756): “Logo, se e quando albergado sistema misto de normas, haverá de se observar o regime prevalente.”

## 9. O CÁLCULO DAS QUOTAS (IN)DISPONÍVEIS DOS SUCESSÍVEIS LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS

Inaugurar um Capítulo que irá abordar a estruturação do acervo hereditário em quotas disponíveis e indisponíveis exige uma imersão nos seus conceitos, promovendo o distanciamento entre estes, para coibir eventuais conflitos conceituais entre estas parcelas, cujas consequências podem ir do alargamento indevido dos quinhões dos legitimários até a convalidação de doações eminentemente inoficiosas.

De tal forma, por mais notória que seja a definição da “legítima”, nunca é demais revisitar os seus elementos conceptuais, a fim de afastar qualquer nebulosidade que insistir em obscurecer a compreensão dos pontos que serão tratados a partir deste Capítulo.

Em razão disso, cuidaremos aqui de estabelecer algumas premissas que servirão à compreensão dos Capítulos que seguem, notadamente a (in)variabilidade da legítima e sua função, além de reconhecer a forma de cálculo da legítima, para determinar a composição das quotas disponível e indisponível do acervo hereditário.

### 9.1. (IN)VARIABILIDADE DO *QUANTUM* DA LEGÍTIMA E SUA FUNÇÃO

A quota indisponível, que compõe a porção legal atribuída aos herdeiros legitimários (art. 2156.º do CCP), corresponde, como visto acima, à denominada “legítima”. Esta pode ser subdividida em legítima objetiva, condizente com o montante total que o autor da herança não pode dispor (em vida ou por morte), englobando parcela da totalidade do seu acervo hereditário; e legítima subjetiva, correspondendo ao quinhão atribuído por lei a cada um dos sucessíveis legitimários/necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), individualizados pela divisão da legítima objetiva por cabeça ou por estirpe, a depender da orientação normativa a ser seguida.

Considerando a semelhança na forma da reserva da quota subjetiva dos legitimários/necessários nos dois sistemas jurídicos, centraremos a abordagem inicial na diferença entre a (in)variabilidade da legítima objetiva, para ao fim mencionar como se processa o preenchimento da legítima em sua faceta subjetiva.

Evidentemente, há distinção entre o tratamento dado pelos dois ordenamentos: enquanto no Brasil é composta, em regra, por parcela fixa do acervo hereditário, independente da quantidade, classe de sucessíveis ou proximidade do grau de parentesco dos sucessores; em Portugal, a legítima pode variar de acordo com o número, a proximidade do vínculo consanguíneo ou a existência do elo conjugal que possui o herdeiro.

Vejamos. O CCB preestabelece que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança” (art. 1.846), indicando constituir esta parte-meia a legítima (neste caso, objetiva). Por isso, a sua configuração é bem simples. Não há, em regra, variação quanto ao percentual indisponível do patrimônio do *de cuius*, sendo sempre a metade, traduzindo-se praticamente estático, imutável.

Não se diz absoluta esta afirmação porque há uma pequena flexibilidade quando há concorrência entre o cônjuge e descendentes, Para conhecê-la é suficiente a literalidade do art. 1.837 do CCB, que expressamente prevê: “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.”. Maiores dificuldades não apresenta este ordenamento quanto à legítima objetiva, tendo uma regra geral e a aludida exceção referente ao concurso do viúvo com ascendentes.

Neste sistema, a legítima objetiva independe, *a priori*, do vínculo existente entre o(s) sucessor(es) e o falecido, tampouco da quantidade de sucessíveis e da proximidade do grau de parentesco, ressalvada a hipótese do art. 1.837. Esta situação não corresponde à variabilidade constante das disposições do direito português.

O CCP admite uma variação da legítima objetiva, associando-as, contudo, a parcelas fixas do acervo hereditário, mas que não se atém a metade do patrimônio em todos, ou na quase totalidade dos casos<sup>157</sup>. A depender da quantidade e dos títulos vocativos que se apresentam, haverá modificação na quota indisponível da herança.

Sendo assim, o sistema lusitano apresenta as seguintes hipóteses: (i) havendo concorrência do cônjuge com filhos a legítima será de dois terços da herança (art. 2159.º/1); (ii) inexistindo cônjuge sobrevivente, será de metade, se suceder apenas um filho, ou de dois terços, se forem herdeiros dois ou mais descendentes de primeiro grau (art. 2159.º/2); (iii) caso o viúvo concorra com ascendentes, a legítima será de dois terços da herança (art. 2161.º/1); (iv) se restarem apenas ascendentes do autor da herança, será de metade se chamados os pais do falecido ou de um terço, se forem chamados ascendentes de segundo grau ou seguintes (art. 2161.º/2); (v) estando o consorte como sucessor universal, não concorrendo com descendentes

---

<sup>157</sup> Peremptoriamente afirma Carvalho Fernandes (1999, p. 363): “[...] a legítima objectiva, para além de não ter um valor *fixo* mas admitir medidas diversas, é, também *variável* em função das circunstâncias concretas da vocação.”.

ou ascendentes, a legítima será de metade do acervo hereditário (art. 2158.º)<sup>158159</sup>.

Por outro lado, a legítima em sua face subjetiva apresenta algumas peculiaridades que devem ser ressaltadas. Algumas destas especificidades serão explanadas nos Capítulos seguintes, como, por exemplo, o caso da reserva da quota legitimária mínima em favor do cônjuge sobrevivente. Para este aspecto, mais relacionado com as condições enunciadas acima (vínculos com o *de cujus*, quantidade de sucessíveis e proximidade do grau de parentesco), é preciso assimilar as regras relativas a cada classe de sucessores, observando, ainda, o regramento geral da partilha dentro de uma mesma classe.

Sendo assim, para constituir a legítima subjetiva deve o intérprete assimilar, pelo menos, a composição da legítima objetiva, a regra de divisão por cabeça dentro de uma mesma classe, desde que guardem os herdeiros igualdade quanto ao grau de proximidade. Além disso, ressaltam-se os casos em que os sucessores herdam por estirpe, mantida a vocação adentro da mesma classe, mas sendo de graus diferentes, como ocorre com o direito de representação, dividindo entre eles a quota que teria direito o herdeiro que estão a suceder/representar.

A variação da legítima em sua aceção subjetiva é mais suscetível, tendo em vista estarem condicionadas a todos os fatores acima referidos, títulos de vocação, quantidade de sucessíveis, proximidade de graus, colação (e sua dispensa), imputação, renúncia/repúdio, direito de acrescer. Este rol de elementos, por si só, já seria capaz de demonstrar a variabilidade inerente à legítima subjetiva. Entretanto, é resguardada a quota indisponível de cada herdeiro legitimário/necessário, calculada quando da abertura da sucessão, somente podendo ser afastada por ato de vontade do próprio sucessor (repúdio/renúncia) ou por indignidade/deserdação, sendo tocada, apenas, para operacionalizar o seu preenchimento, ou ainda ser alargada pelo acréscimo decorrente das consequências dos institutos que conduzem a este avantajamento.

Não se discute, por óbvio, a sua relevância para a compreensão do estudo em

---

<sup>158</sup> Sintetizando estas hipóteses, Carvalho de Sá (2014, pp. 182-183) preclara: “Ainda quanto à sucessão legitimária do cônjuge e dos descendentes há que referir que a legítima do cônjuge que concorre à sucessão isoladamente é de *metade* da herança; se concorrer com filhos é de *dois terços*; se não houver cônjuge e houver apenas um filho é de *metade*; se houver dois ou mais filhos é de *dois terços*; se o cônjuge concorrer com ascendentes é de *dois terços*.”

<sup>159</sup> Comparativamente, mais dificultosa ainda é a variação da legítima objetiva no direito italiano. As hipóteses daquele ordenamento são as seguintes: i) havendo um só filho, a legítima compreende a metade do acervo; ii) existindo dois ou mais filhos, será de 2/3 (art. 537); iii) se apenas chamados os ascendentes do autor da herança, será de 1/3 a parte indisponível (art. 538); iv) se subsistir somente o cônjuge, a quota de que não pode dispor o falecido será de 1/2 (art. 540); v) no concurso de cônjuge com um só filho, será de dois terços (art. 542); vi) concorrendo o viúvo com mais filhos, será de 3/4, cabendo ao consorte somente um quarto da herança (art. 542); vii) concorrendo o cônjuge com ascendentes, será de 3/4 também, sendo atribuído ao viúvo metade da legítima (art. 544). Para uma melhor compreensão, deve-se aprofundar o estudo nas lições de Steffano Nappa (1999, p. 47).

causa, porquanto ser distinta a acepção da legítima (em suas duas faces, objetiva e subjetiva) no Brasil e em Portugal.

Exemplificativamente, forte influência exerce esta diferenciação na inoficiosidade de determinada doação promovida em benefício de descendente, quando existentes dois filhos e sem cônjuge, encontrando-se já totalmente preenchida a quota disponível. Nesta situação, que terá como legítima objetiva no Brasil a metade da herança, enquanto o direito lusitano prevê a indisponibilidade de dois terços do acervo hereditário, pode ser que em um deles não se consiga respeitar a totalidade da liberalidade, sendo integralmente abarcada no ordenamento da pátria-irmã.

Diante disso, mister ter em mente a necessidade de analisar previamente todas as circunstâncias que permeiam a (*in*) *variabilidade do quantum da legítima*, ressaltando a sua função precípua de delimitadora das parcelas indisponível e de que pode dispor o autor da herança.

## 9.2. COMO REALIZAR O CÁLCULO DA LEGÍTIMA?

O método adotado para realizar o cálculo que define o a legítima influencia tanto na sua faceta objetiva (parte indisponível da herança) como na acepção subjetiva, por consequência lógica do aumento ou redução daquela. Em que pese a aparência da sua simplicidade normativa, por estar devidamente discriminada a forma de proceder a operação, há controvérsias quanto ao procedimento adotado, nomeadamente no sistema lusitano, onde existe divergência quanto ao momento em que se inclui o *donatum* na expressão aritmética a ser realizada, sendo detalhe que interfere no resultado prático, por apresentar diferença entre os valores da legítima, influenciando, conseqüentemente, nos questões correlatas, como inoficiosidade das doações, quota do herdeiros, pagamento de alimentos ao cônjuge e etc.

No direito brasileiro, ao menos neste ponto, a solução apresenta-se incontroversa, inclusive pela clareza que expressa o teor do art. 1.847 do Diploma Civil. Neste sistema, deverão ser em princípio abatidas do *relictum* (valor dos bens existentes na abertura da sucessão) “as dívidas e as despesas do funeral”, bem como gastos com o inventário, que consubstanciam o passivo do espólio. O montante apurado será subdividido em duas metades, sendo uma a *parte disponível* e a outra a *indisponível* (legítima, de acordo com o art. 1.846). A esta última acrescenta-se “o valor dos bens sujeitos a colação” (avaliados à data da liberalidade,

segundo o art. 2.004), ou seja, doados em vida para os herdeiros necessários<sup>160</sup>.

Cabe, aqui, a ressalva da impossibilidade de negociação da herança em vida (art. 426), motivo pelo qual o art. 544 determina que as disposições patrimoniais feitas em benefício dos sucessores necessários quando vivo o *de cuius* são caracterizadas como adiantamento de legítima, preenchendo a sua quota individual, com o fim de não prejudicar os demais que com ele concorram<sup>161</sup>. Justifica-se, deste modo, o acréscimo do *donatum* em momento subsequente à subtração das mencionada despesas do *relictum*.

Sob este formato, não há como aventar a possibilidade de subverter o instante de inclusão do *donatum* e do passivo, em virtude do exposto, restritivo e descritivo teor da norma referenciada<sup>162</sup>. A ordem já está predisposta e é seguida de maneira incontestada.

Esta operação no sistema lusitano já não se encontra tão pacífica. Constroem-se duas fórmulas para solucionar este cálculo: podendo ser R-P+D (Escola de Coimbra) ou R+D-P (Escola de Lisboa). A principal distinção se fixa, respectivamente, na redução dos bens que compõem o espólio pelo passivo (P) para posterior inclusão do *donatum* (D); ou na inclusão primária deste, acrescentando-o ao *relictum* (R), com a subsequente subtração do montante das dívidas da herança. Se adotados os princípios aritméticos de resolução destas operações, que não distinguem a ordem de preferência em realiza-las primeiro, em virtude de alcançarem o mesmo resultado, e por considerar possível a existência de números negativos, não haveria controvérsia a este respeito. Porém, os dogmas da matemática são aqui relativizados, sobrepondo-lhe os fundamentos jurídicos a seguir apresentados.

Antes de prosseguir com a explanação destas duas orientações, vejamos a igualdade de resultados produzida através da obediência aos preceitos da ciência exata, ou seja, sem admitir valores negativos.

Partimos do seguinte exemplo: O *relictum* (R) é composto por 100 valores; o

<sup>160</sup> Como bem assinalam Monteiro de Barros e França Pinto (2011, p. 125): “Calcula-se a legítima (art. 1.847) sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação. [...] Herança não é outra coisa senão o que deixa o *de cuius*, depois de satisfeitos seus credores; a velha máxima de POMPÔNIO preceitua: *venisse ad heredem nihil intelligitur nisi deducto aere alieno* (nada advém ao herdeiro, enquanto não deduzidas as dívidas).

<sup>161</sup> Assevera, concordando com este entendimento, Rizzardo (2011, p. 53): “[...]todas as doações devem vir computadas na herança, depois de abatidas as dívidas, de modo a resultar uma igualdade na partição do patrimônio, sem que algum herdeiro ou o cônjuge seja mais bem aquinhoado.”

<sup>162</sup> Esclarecedora, neste ponto, a lição de Berenice Dias (2013, p. 277): “Primeiro há que se amellar os bens existentes à data da abertura da sucessão. Com isso apura-se o ativo. Desse montante diminui-se o passivo, ou seja, as dívidas do falecido, as despesas do funeral e as despesas com inventário, como honorários advocatícios, custas processuais e taxa judiciária. [...]O valor apurado cabe ser dividido por dois, identificando-se assim a parte disponível. Sobre a outra metade é preciso adicionar o valor dos bens que o *de cuius* doou em vida aos herdeiros necessários. Ainda que seja proibido negociar a herança enquanto vivo o seu titular (CC 426), a doação feita aos descendentes é considerada como adiantamento de legítima e tais bens precisam ser trazidos à colação. Adicionados tais valores, só então dá para identificar o montante da legítima.

*donatum* (D) por 60 valores; e o passivo (P) por 120 valores. Na segunda hipótese teríamos:  $R+D-P = 100+60-120 = 40$  valores; enquanto pela primeira fórmula  $R-P+D = 100-120+60 = 40$  valores. Percebemos que inexistiria distinção quanto ao montante final. Mas, a controvérsia ainda se instaura por prosseguir a doutrina por caminhos divergentes, que não se resumem aos preceitos matemáticos, modificando-os em uma das correntes.

Em princípio, saliente-se que somente haverá divergência quando o passivo for superior ao *relictum* e ainda existir *donatum*. E os reflexos da utilização de um ou outro entendimento pode construir produtos diversos, influenciando em toda a distribuição do acervo patrimonial, além de interferir das doações realizadas em vida, disposições testamentárias e etc.

Para a Escola de Coimbra, que faz uso da fórmula  $R-P+D$ , o valor total da herança (VTH) seria conhecido segundo a ordem de abatimento inicial das dívidas do espólio (P) do montante existente quando da abertura da sucessão<sup>163</sup>. Neste ponto, poderiam ser seguidos dois caminhos, a depender do resultado desta operação inicial: se o resultado fosse positivo, adicionava-se a este subtotal o *donatum*, sem maiores preocupações, incidindo sobre este a proporção da legítima objetiva a ser caracterizada (2/3 ou 1/2); caso visualizado resultado negativo nesta subtração, abandona-se o aspecto aritmético, desconsidera-se a herança deficitária e converte-se o valor obtido em 0 – sob a justificativa de que as dívidas somente podem ser adimplidas pelo ativo –, ao qual se acresce o valor do *donatum*.

Sob esta visão, o valor total da herança coincide com o *donatum*, no caso de herança deficitária ( $R < P$ ), unicamente seguindo os estritos termos da lei quando o *relictum* for superior ao passivo ( $R > P$ ), com a mera inversão das posições do P e do D na fórmula legalmente preestabelecida, o que não altera a sua substância.

Em síntese, para esta corrente doutrinária, surgem os seguintes desdobramentos:

- **Herança positiva:**  $VTH = R-P+D$  ou  $VTH = R+D-P$
- **Herança deficitária:**  $VTH = R-P(=0)+D$  ou seja,  $VTH = D$

Vejamos a aplicação deste entendimento em duas situações diversas. Na primeira, constituindo uma herança positiva, teremos um *relictum* de 101, um passivo de 100 e um *donatum* de 60. Num segundo momento, partiremos de um *relictum* de igual valor (101), um passivo de 2000 e um *donatum* de 80. Com estas indicações, concluimos que:

<sup>163</sup> Seguindo este entendimento, expõe Carvalho Fernandes (1999, p. 365): “[...] o cálculo deve fazer-se segundo estas operações: abate-se o passivo ao **relictum**, de seguida, soma-se o **donatum**. Sobre o resultado assim atingido calcula-se a quota.”. Defende, neste sentido Leite Campos (2012, p. 607): “A dedução das dívidas da herança deve fazer-se dos bens deixados e só deles. Não deve fazer-se da soma dos bens deixados com os bens doados, pois os credores hereditários não podem pagar-se com estes últimos.”.

- **Herança positiva:**  $VTH = R(101) - P(100) + D(60)$  ou  $VTH = R(100) + D(60) - P(100)$ . Em ambos o VTH é igual a 61 valores.
- **Herança deficitária:**  $VTH = R(20) - P(2000) (=0) + (80)D$  ou seja,  $VTH = (80)D$ . O valor total da herança é de 80 valores.

Resta patente que o posicionamento ora defendido, quando aplicado às heranças deficitárias trata igualmente situações diversas, por desconsiderar a extensão das dívidas do autor. Convém destacar que consubstancia manifesto absurdo privilegiar os descendentes daquele que em vida dilapidou o patrimônio (como se vê do passivo de 2000 valores), não se preocupou em resguardar o *relictum* para construir seu acervo patrimonial, além de dispor de grande parte dos seus bens em vida. Objetivamente, opera como verdadeiro estímulo à partilha em vida, beneficiando quem dispõe do seu patrimônio antes do falecimento<sup>164</sup>, em completo prejuízo dos terceiros de boa-fé com quem o falecido firmou negócios em vida. Em nossa compreensão, não parece ser esta a *mens legis* deste dispositivo.

Prosseguindo pela ordem lógica descrita no art. 2162.º/1 (“ao valor dos bens existentes no patrimônio do autor da sucessão à data da sua morte, ao valor dos bens doados, às despesas sujeitas a colação e às dívidas da herança”), a Escola de Lisboa assume como fórmula para o cálculo do valor total da herança, e por consequência da legítima, a seguinte:  $R + D - P$ . Deste modo, independente de ser a herança positiva ou deficitária, o resultado irá refletir o real patrimônio construído e doado pelo seu titular, evitando as incongruências do entendimento da escola coimbrã.

Com o escopo de “corrigir” o suposto equívoco do legislador, a doutrina que inadmitte o formato legalmente apresentado apoia a sugerida alteração na impossibilidade de satisfação das dívidas do falecido com os bens que já não compõem o acervo hereditário, ou seja, os bens doados<sup>165</sup>. Portanto, acreditam que o abatimento das dívidas não deve ir além das forças da herança, prejudicando os atos jurídicos perfeitos *inter vivos*, facultando-se aos herdeiros mecanismos de defesa quanto a estes atos, cuja proteção não pode infringir este preceito, confundindo o cálculo da legítima com a responsabilidade pelos encargos da herança.

<sup>164</sup> Entende Pamplona Corte-Real (2012, p. 296) que “nem seria coerente, em pura lógica jurídica, que a legítima (objectiva e subjectiva) pudesse variar, e mais concretamente ampliar, no caso de uma herança deficitária precisamente pela não ponderação do défice, suportando o *donatum* a inoficiosidade de uma legítima maior, toda ela sobre ele, em exclusivo, calculada.”

<sup>165</sup> Salieta Leite Campos (2012, p. 607): “Os bens doados, que entram para o cálculo da massa da herança, constituem uma espécie de reserva hereditária que virá a fundar e constituir a legítima dos herdeiros legitimários. Carvalho Fernandes (1999, p. 365): “[...] o **donatum** não responde pelo passivo, sendo a sua inclusão na herança dirigida à tutela do legitimário e não à tutela dos credores, que não podem ter, após a morte do devedor, melhor posição do que a que tinham em vida dele – e esta confinava-se ao seu patrimônio.”

Tal alegação sustentaria a supramencionada posição se esta fosse a *ratio* da norma, mas o que se extrai do seu teor é diverso.

Como sustentado pela doutrina lisboeta, o respectivo cálculo, com a soma do *relictum* ao *donatum* e derradeira redução do passivo, coaduna com a permissão para desfazer as doações perpetradas pelo falecido, a fim de satisfazer os direitos dos credores da herança, não ampliando desarrazoadamente a legítima, ainda desconsiderando o passivo devido pelo falecido. Há uma dilatação *fictícia* da herança pela conjugação com o *donatum*, que inclui o património doado na satisfação dos encargos, compatibilizando a proteção dos sucessíveis legítimos<sup>166</sup> em receber a quota que lhes deve ser atribuída e o direito dos credores pelo pagamento ao máximo do passivo existente.

Com efeito, não determina uma inversão dos termos insertos no art. 2162.º, considerando-os meros elementos elencados pelo legislador, como dito pela Escola de Coimbra, tendo por finalidade a exclusiva proteção dos legítimos, olvidando-se dos débitos do espólio existentes, que se acham completamente preteridos, através da forma de cálculo da legítima adotada por esta doutrina (criando total correspondência entre *donatum* e valor total da herança em caso de herança deficitária).

Pelo exposto, nos filiamos à estrita observância dos termos e da sequência do art. 2162.º do CCP, utilizando para o cálculo da legítima a fórmula R+D-P (Escola de Lisboa), agindo em prol da defesa dos sucessores legítimos, em prejuízo dos demais credores do falecido. Afastamos, com isso, a tentativa de criação de um outro método (R-P+D – Escola de Coimbra), a partir da descrição legal do referido cômputo da legítima, que não corresponde ao verdadeiro sentido protecionista e inclusivo preconizado pelo legislador.

Agir de maneira contrária é compactuar com o desrespeito às obrigações assumidas em vida pelo falecido, ante ao incentivo ao esvaziamento patrimonial com sucessivas doações, a fim de alargar o *donatum*, pois a disparidade entre o *relictum* e o passivo passa a ser irrelevante, quando a herança for deficitária, conduzindo ao mesmo resultado, que por não ser negativo, será zero, e dependerá do avantajamento do *donatum* para revelar o valor total da herança.

---

<sup>166</sup> Conforme explicita Pamplona Corte-Real (2012, p. 293): “[...]se o conceito de herança, para efeitos de cálculo da legítima, e por óbvias razões de protecção dos sucessíveis legítimos em vida do autor ad sucessão, surge alargado pelo *donatum*, então pareceria logicamente inferível que o *donatum*, ficticiamente restituído à massa da herança, sempre teria, directa ou indirectamente, que ser ‘tocado’ pelos encargos ou dívidas da herança, quer a herança (*relictum*) seja ou não deficitária.

## 10. A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES

Primeira classe onde surge a designação sucessória do cônjuge sobrevivente, alçado à categoria de concorrente privilegiado com as supracitadas modificações legislativas no CCP e no CCB, a concorrência do viúvo com descendentes é dotada de peculiaridades que precisam ser diluídas para permitir uma aplicação devida dos termos sobre os quais se apoia.

Não apenas os reflexos decorrentes da vinculação sucessória do cônjuge ao regime de bens, esta primeira classe levanta controvérsias que geram efeitos na própria determinação da quota (in)disponível, influenciando, por isso, em todos os demais termos do fenômeno sucessório. Particularmente, por já ter caminhado por outros trajetos que convergem para o caso específico do cônjuge e dos descendentes, aqui buscaremos abordar os pontos remanescentes, centrados na reserva da quota “legitimária” mínima e na peculiar situação da dita “filiação híbrida”.

### 10.1. RESERVA DA QUOTA “LEGITIMÁRIA” MÍNIMA

A extensão da proteção do cônjuge nas atuais legislações brasileira e portuguesa não esbarra no limite da sua posição sucessória privilegiada ou na substituição do seu direito de usufruto pela propriedade plena de bens do seu consorte. A sucessão legal salvaguarda um limite mínimo para a quota do cônjuge sobrevivente, estabelecendo-a em um quarto, configurada esta parcela como marco intransponível do quinhão que lhe pertence, mesmo que superior ao dos demais herdeiros da mesma classe de sucessíveis.

Em regra, a divisão do acervo do *de cuius* entre cônjuge e descendentes (herdeiros de primeira classe nos dois ordenamentos) se faz por cabeça, partilhando a totalidade do patrimônio pela quantidade de sucessores chamados a herdar. Excepcionalmente, quando contabilizados três descendentes ou mais, preestabelece a norma restritiva que deverá ser reservada ao cônjuge uma quarta parte da herança, delimitando o limite patrimonial mínimo que deverá compor a sua legítima subjetiva. No entanto, ocorre desta forma indistintamente nos Códigos Civis ora analisados?

O CCP expressamente predispõe as duas situações em seu texto, enunciando no art. 2139.º/1, *primeira parte*, a hipótese comum, determinando a divisão do monte hereditário “em tantas partes quantos forem os herdeiros”. Não fica adstrita a esta generalidade, pois, logo em seguida, postula a restrição quanto a parcela a ser recebida pelo cônjuge, que “não pode ser inferior a uma quarta parte da herança”. Reafirma-se o privilégio exclusivo do viúvo, pelo

complemento visualizado no seu nº 2, ao regressar à igualitária divisão por cabeça entre os descendentes na ausência do concorrente de primeira classe.

Diante deste quadro, essencial perquirir: no caso da sucessão legítima (art. 2131.º), onde se alarga o patrimônio, compondo-se das quotas disponível e indisponível (que no silêncio do autor da herança em atribuí-la por testamentos ou dispondo em vida se defere aos legitimários), esta quarta parte corresponde à totalidade da herança ou apenas à parcela que preenche a legítima objetiva (sendo, mais tecnicamente, a quarta parte da legítima), devendo o resto ser igualmente dividido por cabeça entre o cônjuge e descendentes?

Percebe-se que o art. 2139.º do CCP (e, de igual modo, também o faz o art. 1.832 do CCB) menciona a restrição mínima à quota do viúvo à herança sem alinhar qualquer referência à exclusiva incidência sobre a legítima objetiva. Ao revés, destaca a aplicação sobre a totalidade da herança.

Não se deve restringir, portanto, onde o legislador não fez, interpretando a norma de modo a salvaguardar para o cônjuge, nestes casos, somente a quarta parte da legítima objetiva, sem incluir a mesma participação sobre a parte disponível, que caberá aos legitimários quando presente a inércia do autor da herança. A decomposição em quotas disponível e indisponível é meramente fictícia, porquanto integrantes da mesma universalidade da herança, sobre a qual devem herdar os sucessores legítimos (art. 2131.º), salvo quando afastadas pelas liberalidades feitas pelo hereditando.

Configurada esta situação, vale dizer, no silêncio do *de cujus*, cabe compor o monte-mor com a totalidade do patrimônio, retirando dele, inicialmente, a quarta parte e conferindo-a ao cônjuge, para após proceder a divisão entre os descendentes<sup>167</sup>. Caso existente, porém, disposição de liberalidades, abatem-se estas e sobre o saldo remanescente aplica-se esta regra, reservando ao viúvo a sua quarta-parte, que não será, conclusivamente, sobre a totalidade do acervo hereditário.

No direito brasileiro encontra-se norma correspondente, porém, não com tanta clareza e rigor técnico. Assim como ocorre no sistema lusitano, deve ser reservada uma parcela mínima intangível para o cônjuge, somente podendo ser diversa se superior ao mínimo previsto no art. 1.832 do CCB. Trata-se de salvaguardar a mesma quarta parte em benefício do viúvo, se comparado com as demais situações, acreditando-se, pela similaridade entre os dispositivos,

---

<sup>167</sup> Postula, acerca desta regra de exceção, Espinosa Gomes da Silva (1981, p. 58), acerca desta reserva de um quarto da herança quando da concorrência do cônjuge filhos comuns: “Havendo *descendentes*, é deferida, ao cônjuge sobrevivente, uma parte da herança igual à que cabe a cada filho, mas nunca inferior a *um quarto* do valor da massa dos bens – é um «filho» *privilegiado*.”

que o CCP inspirou a inclusão desta norma no direito sucessório brasileiro.

A esta, fazemos a mesma ressalva de proteção patrimonial independente de ser o patrimônio herdado composto pela quota indisponível, ou se acrescida esta da parte (total ou não) que o autor da sucessão pode dispor. A solução é idêntica àquela construída para o direito português: atribui-se ao cônjuge a quarta parte do patrimônio a ser partilhado entre ele e os descendentes, não se restringindo à legítima objetiva. Por óbvio, também aqui depende da presença de mais de três descendentes, uma vez que o dispositivo impõe a distribuição dos quinhões por cabeça, trazendo em seguida a exceção em apreço.

Visualizemos, pois, o resultado alcançado por cada uma das interpretações sseguidas: Mário falece *ab intestato*, sem ter realizado qualquer doação, deixando como herdeiros sua esposa (Joana) e quatro filhos, todos eles havidos com a viúva, e sem deixar qualquer passivo. O acervo hereditário do *de cujus* equivale a 1.000.000 de euros, a serem partilhados entre os seus sucessores. Inexistindo disposição de liberalidades pelo falecido, o patrimônio será partilhado entre os legitimários (cônjuge e descendentes). Pela norma brasileira a legítima corresponde a 50% (cinquenta por cento) destes bens, o restante integra a quota disponível. Aplicando-se a regra do art. 1.832 do CCB, surge a divergência interpretativa levantada. Se a reserva for feita sobre a quota legitimária, será salvaguardado o montante de 125.000 euros e aos demais herdeiros 93.750 euros, sendo a quota disponível utilizada para equilibrar os quinhões. Ao considerar a incidência sobre a totalidade da herança, ao cônjuge é atribuída uma quota de 250.000 euros e aos descendentes o quinhão correspondente a 187.500 euros. A solução perante o sistema português seria semelhante, moldando-se apenas pela diferença quanto à legítima (2/3), tendo resultado quantitativo diverso, mas, pela coincidência normativa, qualitativamente próximo.

Diante do exemplo trazido acima, percebe-se que mais coerente seria a referência à reserva da quarta parte da legítima, e não da herança, como atualmente consta em ambos ordenamentos. Se assim fosse, estaria o cônjuge sobrevivente protegido, nomeadamente nos casos em que o *de cujus* dispusesse de toda a sua quota disponível, mas não haveria qualquer ofensa às normas determinantes da igualação dos quinhões hereditários dos sucessíveis de primeira classe, sempre que possível, quando livre a quota disponível e deferida a eles a totalidade do acervo.

Por estarem os dispositivos insertos na seção que trata da sucessão legitimária, cabe até sustentar, por este motivo, a restrição do regramento à legítima. Contudo, a menção expressa do legislador à quarta-parte da “herança” não deixa dúvidas quanto à abrangência a ser tomada. Na verdade, onde se lê “herança” deveria constar “legítima”, porém, é devido o

respeito aos limites normativos, não podendo transcender aos termos não alcançáveis por uma tarefa meramente interpretativa, mas somente criativa.

Mais um aspecto pontual, porém, distingue os dois sistemas jurídicos. A parte final do art. 1.832 do CCB carrega requisito que não foi incluído pela norma portuguesa, nem no específico dispositivo (art. 2139.º) ou em outro difuso pelo Diploma Civil: a origem da filiação, se comum ou exclusiva dos descendentes, e sua correlação com o cônjuge<sup>168</sup>.

## 10.2. “FILIAÇÃO HÍBRIDA”: A IRRESTRITA PROTEÇÃO DO SISTEMA PORTUGUÊS E A LACUNA(?) DA LEI BRASILEIRA

O supracitado art. 1.832 do CCB pressupõe que os descendentes com os quais concorre o cônjuge sobrevivente sejam seus filhos comuns com o autor da herança. Como visto, e reafirmado neste momento, esta distinção entre filiação comum ou exclusiva não foi preestabelecida pelo legislador português.

Portanto, instaura-se a celeuma acerca da compatibilização deste preceito legal (reserva da quarta parte) com a igualação das legítimas dos sucessíveis de mesma classe, quando sucederem filhos comuns e exclusivos do *de cujus* com o consorte sobrevivente. Nos colocamos diante do recorrente caso da *filiação híbrida* do direito brasileiro. Pela sua complexidade e interesse para o presente estudo, proceder o seu exame aprofundado é estritamente essencial para diluir eventuais controvérsias que surjam a seu respeito.

Digno de aplausos o legislador quando equiparou os filhos advindos do casamento e aqueles anteriormente caracterizados como ilegítimos, atuando em conformidade com o princípio constitucional da igualdade entre filhos (art. 227, §6º, CF/88<sup>169</sup>), traduzindo ainda o valor maior da igualdade entre os cidadãos (art. 5º da CF/88). Porém, o conflito ora suscitado não reside neste ponto específico, pois a anterior distinção da filiação pela origem já foi há muito sepultada.

Consubstanciando outra distinção entre os sistemas jurídicos brasileiro e português, o foco da presente análise incide sobre a sujeição da regra da reserva da quota hereditária em favor do cônjuge sobrevivente à ascendência comum dos descendentes com o viúvo e o autor da herança.

Enquanto o ordenamento lusitano estabelece este privilégio no seu art. 2139.º/1,

<sup>168</sup> Destaca esta distinção Zeno Veloso (2010, p. 51), quando expõe: “[...] a reserva hereditária mínima (1/4), conferida ao cônjuge sobrevivente, pressupõe que o cônjuge seja também ascendente dos herdeiros com quem concorrer, requisito que não é previsto no art. 2.139, n. 1, do Código Civil lusitano.”

<sup>169</sup> **Art. 227.** [...] § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

sem distinguir acerca da filiação comum ou exclusiva do *de cuius*<sup>170</sup>, o Código Reale encampa esta ressalva no art. 1.832, restringindo-a para os casos em que o consorte é ascendente comum dos descendentes com os quais concorre. O dispositivo do CCB impõe, na sua parte final, uma condição para a concessão do aludido benefício em favor do viúvo. Retira-se esta benesse da menção expressa à ascendência comum, aplicando-a em favor do cônjuge, apenas, “se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”.

Apesar de acertada a previsão do legislador brasileiro, remanesce no Diploma Civil a lacuna (?) acerca da filiação híbrida (quando existirem filhos comuns e exclusivos do falecido), não acolhida pelo teor desta norma.

Neste ponto, direcionamos algumas críticas, também, à legislação portuguesa, quando não prevê a necessária distinção para as situações de filiação híbrida<sup>171</sup>. Não se presume que concordamos com a omissão do legislador brasileiro a respeito da matéria, mas prezamos pela referência expressa aos casos excepcionais da dita “filiação híbrida”, mesmo que seja para advertir sobre a desnecessidade de qualquer distinção.

Toda esta análise pressupõe, portanto, a *ratio* desta proteção do cônjuge, em ter preservada para si a quota mínima de um quarto da herança. Resta evidente, em razão da divisão se dar por cabeça no caso *sub examine*, que somente haverá interesse nesta reserva de quota quando existentes mais de três sucessores na mesma classe de sucessíveis do viúvo.

Quando presentes mais de três sucessores comuns (filhos do cônjuge sobrevivente e do *de cuius*), a solução transparece simples, ressaltada o mero reparo assinalado no tópico anterior, pois reserva-se a parcela pertencente ao viúvo pela imperatividade da norma, e em seguida divide-se por cabeça o acervo remanescente. Seguindo esta mesma sistemática, na existência de herdeiros exclusivos do falecido partilham com o consorte por cabeça, independente da quantidade dos descendentes unilaterais.

Contudo, o problema perante a norma brasileira se levanta quando surge um ou mais herdeiros não-comuns (exclusivos do falecido) e filhos do *de cuius* e seu cônjuge (filiação *híbrida*), somando quatro ou mais descendentes. Deve ser destacado, indistintamente, o quinhão de um quarto do cônjuge sobrevivente? Ou a divisão deve ser realizada por cabeça, em obediência

---

<sup>170</sup> Destaca a amplitude do direito português Carvalho Fernandes (1999, p. 332), pois esclarece, quanto à quarta parte atribuível ao cônjuge, que “os filhos de que aqui se trata são os filhos do autor da sucessão, sejam estes de um ou mais casamentos ou até concebidos fora do casamento. [...] O que significa que, neste caso, relevando o número de filhos de **A** concorrentes à herança, e não o facto de eles descenderem de **B** ou **E**, a quota hereditária desta segunda mulher seria, no mínimo, de um quarto.”

<sup>171</sup> Cabe, aqui, a crítica de Veloso (2010, p. 51), quando expõe: “[...] a reserva hereditária mínima (1/4), conferida ao cônjuge sobrevivente, pressupõe que o cônjuge seja também ascendente dos herdeiros com que concorrer, requisito que não é previsto no art. 2.139, n. 1, do Código Civil lusitano.”

à restrição da referida norma?

A preservação de um quarto do acervo hereditário ao consorte sobrevivente se assenta na posterior transmissão do patrimônio aos sucessores comuns, que presuntivamente se beneficiarão ao suceder este seu ascendente<sup>172</sup>. No entanto, quando estamos diante de herdeiros apenas do falecido, que não compartilham da ascendência do cônjuge sobrevivo, não há como presumir a posterior participação na sucessão do padrasto ou madrasta, em razão da inexistência de vínculo que os inclua na respectiva ordem de vocação hereditária.

Sendo assim, reservar a quota mínima do viúvo quando concorrer com filhos exclusivos do seu consorte parece-nos injustificável e prejudicial a estes descendentes, uma vez que terão os seus quinhões reduzidos pela concessão deste privilégio, sem lhe ser oportunizada a aquisição posterior por sucessão. Numa divisão equânime, por cabeça, não há enriquecimento sem causa por uma das partes, por não se aventurar na presunção de uma possível sucessão daqueles que concorrem com o cônjuge.

Acrescente-se a este fundamento patrimonial outro de ordem pessoal. A expectativa de direito gerada pela participação sucessória dos descendentes induziria à visualização da(o) nova(o) companheira(o) do(a) genitor(a) como *persona non grata*, porquanto ter benefício superior em tempo eventualmente menor de relação, além de conceberem a saída daquele patrimônio da sua família de origem, a partir da transferência sucessória.

Portanto, na certeza de que situações distintas não podem ser tratadas igualmente, cumpre diferencia-las na proporção das suas desigualdades. E assim tentou agir o legislador brasileiro, porém o fez de forma nebulosa, advindo da sua construção normativa incoerências quase incontornáveis. Senão vejamos.

Diante do teor do art. 1.832 do CCB, por sua aceção restritiva à ascendência comum dos descendentes, depreende-se que a concorrência com filhos exclusivos do autor da sucessão rejeita a reserva da quarta parte em seu benefício, repartindo-se igualmente entre os herdeiros, independente da sua vinculação com o falecido, seguindo a regra de divisão por cabeça nesta primeira classe e em primeiro grau.

---

<sup>172</sup> Segundo Salomão Leite (2008, p. 149), em clara lição: “É provável que esses bens que o cônjuge recebe ‘a mais’, com base na proibição de que não pode ser contemplado com menos de um quarto da herança, retornem mais tarde aos sucessíveis concorrentes, pois, uma vez que o consorte sobrevivente é ascendente dos herdeiros com quem ele ora concorre, posteriormente, com a sua morte, esses mesmos descendentes serão chamados a sucedê-lo na propriedade desses (e de outros) bens.”. Assim, também, afirma Gonçalves (2012, p. 177): “Se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes acarretará maiores prejuízos, uma vez que o montante a maior destinado ao cônjuge futuramente reverterá aos filhos.”.

Todavia, tendo em vista a lacuna quanto à filiação híbrida, surgem quatro orientações a serem seguidas: *a)* atribuição de um quarto ao cônjuge em todas as hipóteses, incluído a filiação híbrida, a exemplo da aplicação do CCP<sup>173</sup>; *b)* subdividir a reserva do cônjuge proporcionalmente sobre o monte partilhável, aproximando-se ao máximo da garantia da sua parcela mínima; *c)* aplicação da fórmula Tusa<sup>174</sup> à concorrência sucessória do cônjuge com descendentes; *d)* exclusão deste benefício do viúvo pela mera existência de um descendente exclusivo do *de cuius*, partilhando o acervo hereditário por cabeça (na forma da alínea *a)*), sem a reserva de 1/4.

À primeira solução direcionamos as críticas relativas ao sistema lusitano, tanto as de origem patrimonial – concernente no prejuízo daqueles que não participarão da futura sucessão e ainda tem o seu quinhão reduzido, com a falta de previsão para estes casos excepcionais – como as de cunho pessoal – referentes à instabilidade instaurada no seio familiar, em razão da presença de concorrente privilegiado que não guarda correspondente ascendência com o cônjuge.

A clareza da norma limitativa ainda contribui para refutar este entendimento, haja vista a parte final do dispositivo (“se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer”) complementar a salvaguarda de parcela mínima em benefício do cônjuge sobrevivente. Por isso, esta orientação traz o inconveniente de privilegiar demasiadamente o viúvo, em prejuízo dos descendentes, principalmente aqueles que não integrarão a posterior sucessão do consorte supérstite, devendo, portanto, ser afastada<sup>175</sup>.

No que se refere à segunda solução, haveria a subdivisão em dois blocos, um composto pelos filhos exclusivos e outro pelos filhos comuns, além de destacar o viúvo. Para atender a constrição de 1/4 em favor do cônjuge, respeitando a desvinculação entre ele e os descendentes exclusivos, o primeiro bloco seria intocável, enquanto a composição da reserva

---

<sup>173</sup> Com corda com este posicionamento Medeiros (2012, p. 82), destacando que: “Quando o Código Civil de 2002 inova ao introduzir o instituto da concorrência sucessória – e mais, reserva ao cônjuge pelo menos uma quarta parte do monte sucessível – o faz com o claro sentido de proteger o cônjuge sobrevivente. Se esse é o espírito que norteou a concreção legislativa no Código Civil de 2002, ele deve ser preservado, ainda quando se instale, na vida real, a hipótese híbrida não considerada pela norma, na qual são chamados a herdar os descendentes comuns (ao cônjuge sobrevivente e ao *de cuius*) e exclusivos do *de cuius*.”

<sup>174</sup> Esta solução matemática foi pensada na Universidade de São Paulo para tentar solucionar o problema gerado por mais uma atecnia legislativa encontrada no CCB. O seu modo de operacionalizar esta constrovercia é trazido logo a seguir neste mesmo tópico.

<sup>175</sup> Para Gonçalves (2012, p. 176): “Tal solução representa, todavia, apreciável prejuízo aos descendentes exclusivos do falecido, uma vez que, por não serem descendentes do cônjuge com quem concorrem, são afastados de parte considerável do patrimônio exclusivo de seu ascendente falecido.”. Segundo Veloso (2010, p. 52): “Com relação aos descendentes do hereditando, que são, também, descendentes do cônjuge sobrevivente, a reserva de quota explica-se melhor e se defende, razoavelmente, pois esses descendentes, em tese, receberão, no futuro, o que a viúva ou o viúvo recebeu a mais, atualmente. Mas os filhos exclusivos do *de cuius* não têm essa expectativa sucessória com relação à viúva ou viúvo do(a) hereditando(a).”.

privilegiada do cônjuge deveria ser retirada do monte dos filhos comuns. Há uma ponderação de preceitos neste caso. Subjuga-se a igualdade de quotas entre os descendentes, que independe da sua origem, em benefício da garantia da quota mínima do consorte sobrevivente.

Entretanto, encontramos-nos diante de frontal desrespeito ao princípio constitucional da igualdade de filiação (art. 227, §6º, da CF/88), pois as quotas dos descendentes resultam desequilibradas no fim desta operação<sup>176</sup>. Ou seja, mantém-se a proteção do cônjuge (ditame legalmente estabelecido) pelo sacrifício de um princípio constitucional. Este posicionamento traduz-se incoerente pelo resultado da ponderação advinda das preferências adotadas.

Em terceiro lugar, caso discorde o intérprete com as demais teorias, surge a corrente que defende a aplicação da *Fórmula Tusa* (desenvolvida a princípio para solucionar a celeuma da concorrência do companheiro – art. 1.790 do CCB) à concorrência do cônjuge com descendentes. As vantagens desta operação se resumem à atribuição igualitária de quinhão aos descendentes, bem como aproximação progressiva do consorte da referida quarta parte, na medida do crescente número de filhos comuns. A introdução da respectiva fórmula matemática tem por escopo conferir igual quinhão aos filhos, independente da sua origem, engendrando limites mínimo (igual aos descendentes) e máximo (quarta parte) ao cônjuge.

Não obstante o esforço empreendido para compatibilizar esta fórmula com a concorrência do cônjuge com descendentes, o resultado se mostra insatisfatório, como se vê:

*Fórmula Tusa*<sup>177</sup>

$$1) \mathbf{X} = \frac{\mathbf{S} + \mathbf{NC}}{2 \cdot \mathbf{S}}$$

$$2) \mathbf{F} = \frac{\mathbf{H}}{\mathbf{S} + \mathbf{X}}$$

$$3) \mathbf{E} = \mathbf{F} \cdot \mathbf{X}$$

<sup>176</sup> Neste sentido, segue a crítica de Benedito de Oliveira (2008, p. 133): “[...] os herdeiros filhos, embora situados no mesmo grau de parentesco, receberão valores diversos, numa consequência de trato sucessório que afronta o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal, art. 227, § 6º, também no Código Civil, art. 1.834.”

<sup>177</sup> Ver exemplo no Anexo.

Onde:

H = Valor da herança;

NC = número de filhos comuns;

S = número total de filhos;

X = proporção a ser recebida pelo cônjuge em relação a cada filho;

F = valor a ser recebido por cada filho;

E = valor a ser recebido pelo cônjuge.

A inaplicabilidade desta operação matemática às situações de concorrência do cônjuge com descendentes decorre da especificidade para a qual foi pensada esta teoria, ou seja, para incidir sobre a sucessão do companheiro, que no direito brasileiro não coincide com as regras do art. 1.829 do CCB. Portanto, não há como meramente transportá-la para uma hipótese distinta daquela para a qual foi elaborada.

Com solução mais próxima do ideal, Medeiros (2012, pp. 93-96) apresenta uma nova fórmula (à qual vamos nominar de Fórmula Medeiros), criada a partir das incongruências verificadas na tentativa de transpor a fórmula *Tusa* para o caso objeto deste estudo. Deste modo, a revisitação do referido autor resultou no seguinte modelo:

*Fórmula Medeiros*<sup>178</sup>

$$1) Qc = \frac{H}{S} \cdot \left( \frac{Nc}{4S} + \frac{Nx}{S+1} \right)$$

$$2) Qf = \frac{H - Qc}{S}$$

Onde:

Qc = valor do quinhão do cônjuge;

Qf = valor do quinhão do filho;

H = valor da herança objeto de concorrência sucessória;

S = número total de filhos;

Nc = número de filhos comuns;

Nx = número de filhos exclusivos.

---

<sup>178</sup> Ver exemplo no Anexo.

Reconhece-se que esta operação matemática bem elaborada consegue atender a duas condições fundamentais: a igualdade entre os quinhões dos descendentes, para que no mínimo o cônjuge receba a mesma quota atribuída aos seus concorrentes; e que a parcela máxima a ser transferida para o viúvo seja a quarta parte aludida no art. 1.832 do CCB. Todavia, ataca a parcela intangível dos filhos exclusivos, que não devem dispor de qualquer parte do acervo hereditário a que tem direito para preencher a reserva mínima do consorte sobrevivente, pois não se beneficiarão posteriormente deste monte, sendo obrigados a compactuar com esta redução patrimonial em seu desfavor.

Cria-se, com esta interferência no quinhão dos descendentes exclusivos, a famigerada instabilidade do seio familiar, que também não deve ser preterido em favor do amparo patrimonial do cônjuge, uma vez que o viúvo já se encontra devidamente resguardado pela quota igualitária à dos demais herdeiros. Ao que parece, a questão é bem mais jurídica do que matemática, refutando, portanto, a solução engendrada pela supracitada fórmula.

Razão assiste à última orientação. Nesta, de igual modo, conflituam o direito à reserva mínima de um quarto do cônjuge sobrevivente e a equiparação das quotas hereditárias entre os descendentes. Assim como na 2ª corrente, aqui preservam-se os direitos sucessórios dos filhos exclusivos do autor da herança, atendendo, ainda, ao princípio constitucional da igualdade de filiação. Há uma relativização do benefício do viúvo – de ter reservada para si a quarta parte do acervo –, em prol da salvaguarda dos direitos dos concorrentes, sem prejudicar os descendentes (exclusivos e comuns) e não deixando de amparar o cônjuge sobrevivente, mesmo que sem atender à multicidada parcela privilegiada.

Imperioso constatar que a existência de filho unilateral do *de cuius* desconstitui a sobredita reserva mínima, pois não há como garantir este benefício sem prejudicar os descendentes exclusivos ou afetar negativamente o quinhão dos filhos comuns, fazendo-os receber parcela menor do que aqueles com os quais deveria concorrer em igualdade. A propósito deste conflito, urge preterir o limite do consorte, que não deixará de ser agraciado com quota semelhante aos descendentes, em benefício do amparo destes, presumidamente hipossuficientes em relação ao cônjuge sobrevivente<sup>179</sup>.

Some-se a isto, também, a interpretação gramatical da norma em apreço, onde

---

<sup>179</sup> Defende esta aplicação Rizzardo (2011, p. 170): “[...] a melhor solução assenta-se na divisão do monte hereditário partilhável pelo número de herdeiros descendentes, com o acréscimo do cônjuge, cabendo a cada um uma quota igual.”. Seguindo este posicionamento, salienta Gonçalves (2012, p. 177): “Verifica-se, assim, que a primeira alternativa, ao assegurar a reserva da quarta parte somente quando todos os descendentes forem comuns, é a que melhor atende à *mens legis*, pois a intenção do legislador foi, sem dúvida, beneficiar o cônjuge, acarretando o menor prejuízo possível aos filhos.”.

se complementa o espírito do dispositivo que regulamenta esta situação. Pelo teor do art. 1.832 do CCB, a hipótese normativa se subdivide em duas partes: a *primeira*, que determina a atribuição de quinhão igual aos cônjuges e descendentes, quando concorrerem; e a *segunda*, preconiza a restrição à quota privilegiada de um quarto, “se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer”.

Percebemos que, caso o legislador não optasse por restringir aos casos de descendentes comuns o teria feito, deixando de generalizar a norma, cuja incidência restritiva se refere apenas quando for ascendente de todos os herdeiros com quem concorre, e não parte deles.

Portanto, não deve o intérprete vislumbrar uma lacuna onde não existe, com finalidade singular de impor arbitrariamente o entendimento que crê ser adequado. A interpretação tem espaço demarcado no respeito aos limites impostos pela própria norma, e, no caso em comento, determina a partilha equitativa, por cabeça, entre cônjuges e descendentes, quando configurada a filiação híbrida, ante a condição da ascendência comum para a reserva da quota legitimária<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Este é o entendimento sumulado no Enunciado n° 527, aprovado na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal do Brasil, tendo o seu teor expresso da seguinte forma: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida.”. Tepedino é enfático ao defender este posicionamento, afirmando, peremptoriamente, que (2011, p. 60), “na hipótese em que concorrem à sucessão descendentes exclusivos do *de cuius* e descendentes comuns, não se garante quota mínima ao consorte. Isso porque o sentido sistemático da proteção pela quota mínima consiste em que o cônjuge irá conviver com descendentes que também terão vocação hereditária na sua própria sucessão. No caso da prole mista, não existe relação sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os filhos de outro leito, não se justificando tal proteção.”

## 11. A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE COM ASCENDENTES

Diferentemente da opção adotada no concurso do cônjuge com descendentes, quanto aos ascendente o CCB se equipara à norma lusitana (art. 2133º), se atendo à mera previsão da concorrência em segunda classe destes dois títulos. Expressamente, determina que a sucessão será deferida, na ausência de descendentes, “aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge” (art. 1.829, II, do CCB).

Na segunda classe de sucessíveis, o legislador não atrelou a vocação sucessória ao regime de bens<sup>181</sup>, sendo chamado a suceder o viúvo independente do estatuto eleito para reger o casamento com o *de cujus*<sup>182</sup>. Como peculiaridade, foi o cônjuge tratado como equivalente aos ascendentes em primeiro grau (pais) do autor da herança, atribuindo a cada um deles a terça parte ou metade (se concorrerem sozinhos ou restando apenas o cônjuge e integrantes de uma das linhas) da legítima, ou da totalidade da herança, caso inexistam liberalidades em vida ou por morte. Sendo maior o grau na linha ascendente – o chamamento em linha reta, neste caso, se dá *ad infinitum*, alcançando avós, bisavós e etc. –, preserva-se em favor do consorte supérstite a metade do patrimônio a que fariam jus os legitimários<sup>183</sup>.

Outro ponto de destaque concerne na aplicação da regra geral de vocação pela proximidade de grau, diante da qual os mais próximos excluem os mais remotos, seja o herdeiro da linha paterna ou materna<sup>184</sup>. Assim, subsistindo ao falecido pai e mãe, ou apenas um deles, somente será ultrapassado este grau quando esgotado os herdeiros que o compõem, recolhendo a totalidade do acervo se permanecerem sozinhos da vocação.

A transferência patrimonial aos ascendentes independe da origem do patrimônio

<sup>181</sup> É exatamente a isto que se refere Toscano de Brito (2008, p. 427), ao interpretar o art. 1.837 do CCB: “O art. 1.837 tem solução clara, ao contrário do que foi visto na sucessão dos descendentes em concorrência com o cônjuge, e não leva em conta o regime de bens do casal. Claro que este será importante para a definição da existência ou não da meação que, como reverberado antes, não se confunde com herança, não sendo sequer tema de Direito Sucessório.”

<sup>182</sup> Na pontual constatação de Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (2003, p. 101): “[...] assegura-se o direito ao cônjuge, nessa concorrência com ascendentes, independente do regime de bens adotado no casamento. Significa dizer que sua quota será garantida em acréscimo ao direito de meação, em caso de ter sido casado com o autor da herança em regime comunitário de bens. De igual forma, o cônjuge será herdeiro concorrente ainda quando casado em regime de separação de bens, seja convencional ou obrigatória.”

<sup>183</sup> 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. Em situação hipotética, esclarece Carvalho Neto (2007, p. 137): “[...] se o *de cujus* tiver pai e mãe vivos, o cônjuge herdará um terço. Se só tiver pai ou só tiver mãe, o cônjuge herdará metade, cabendo ao ascendente sobrevivente a outra metade. Se não tiver pai nem mãe, também o cônjuge herdará metade, devendo a outra metade ser dividida igualmente por todos os ascendentes sobreviventes que estiverem no mesmo grau (avós, bisavós etc.), respeitada a divisão por linhas determinada pelo art. 1.836, § 2º.” É o que também leciona Débora Gozzo (2004, p. 211), ensinando o método empregado para a atribuição da legítima subjetiva no concurso do cônjuge com ascendentes, que, pela regra geral, não apresenta maiores dificuldades.

<sup>184</sup> Neste sentido, cfr. Cahali e Hironaka (2014, pp. 171-174).

que será recebido (seja ele advindo, inclusive, de sucessão paterna ou materna), contrariando norma antiga que destinava à respectiva linha eventuais bens advindos por sucessão do pai ou da mãe do *de cuius*. Como consequência, é bem possível haver transmissão do acervo entre famílias que guardam consaguinidade somente pelo autor da herança, como é o caso do falecido haver por herança bens do avô paterno, devolvendo-se à linha materna em segundo grau, na ausência dos seus genitores<sup>185</sup>.

Nesta oportunidade, são suficientes estes delineamentos elementares, posto que outros serão abordados especificamente no curso deste trabalho, precisamente quando contrapostos com os temas que o tocam.

Este regramento permaneceu adormecido no leito do art. 1.829 do CCB até pouco tempo atrás, sobretudo por ser suficiente a subsuntiva aplicação da norma, sem gerar maiores controvérsias. Porém, algum impacto necessariamente adviria do surgimento de questões atinentes à temática, o que se concretizou com o surgimento recente, no Brasil, do instituto da multiparentalidade.

#### 11.1. MULTIPARENTALIDADE DO AUTOR DA HERANÇA: PREJUÍZO POR ATOS DE TERCEIROS?

Instituto recentemente criado pela doutrina brasileira, a *multiparentalidade* deve ser analisada pelos seus efeitos pessoais e patrimoniais, tendo reflexos, por isso, no âmbito do direito das famílias e das sucessões. Como centramos o nosso estudo na situação jurídico-sucussório do cônjuge, mais nos interessa as consequências sucessórias provenientes desta modificação estrutural na relação familiar, mais precisamente quanto à sua incidência frente à sucessão legitimária.

Basicamente, a multiparentalidade consiste no alargamento do pólo parental da relação familiar vertical estabelecida com os filhos, notadamente com o acréscimo ao vínculo de pai(s) ou mãe(s), estendendo-se os demais elos familiares que lhe são conexos. A formação

---

<sup>185</sup> É, por isso, que exemplificam Cahali e Hironaka (2014, p. 173) a respeito da possibilidade de se “outorgar à mãe bens do falecido pai recolhidos pelo filho sem descendentes (autor da herança), a que ela não tinha direito pelo regime de bens (por exemplo, regime da separação obrigatória de bens, pelo qual, no atual sistema, o cônjuge não é herdeiro), sendo que, se o pai não deixasse descendente, ou viesse a morrer após o filho, seu patrimônio particular seria devolvido aos seus ascendentes, se vivos, não ao cônjuge. E, em situação mais peculiar, pode ocorrer que os bens do falecido, havidos por herança de seu avô paterno, devolvam-se aos avós maternos, no pressuposto de já terem falecidos os pais e não existir descendente. Ou seja, haverá transferência patrimonial entre as duas famílias, sem vínculo consaguíneo entre elas, pois a coincidência de sangue se verifica apenas no neto comum.” À primeira vista, um desidioso exame projetaria uma imagem de “burla” às regras impeditivas e/ou limitativas do fenômeno sucessório, notadamente aquelas que afastam a comunicabilidade em situações excepcionais. Contudo, a situação presente deve ter em conta o titular do acervo a ser transmitido, partindo dele a origem patrimonial, sendo analisados eventuais óbices em relação a ele e não ressuscitá-los de outra seara.

deste laço decorrerá, todavia, da comprovada verificação da sedimentação da afetividade em determinada situação.

Não se pretende, aqui, levantar maiores discussões acerca da possibilidade ou não de consagração deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas analisar a incidência dos seus efeitos sucessórios, projetando eventuais consequências positivas ou negativas da sobrevivência da multiparentalidade no sistema brasileiro, diante das premissas enunciadas nos capítulos anteriores.

É sabido que a multiparentalidade não espria seus reflexos apenas sobre o domínio do direito sucessório, não se limitando a ter como elemento finalístico eventual projeção da sua eficácia com a abertura da sucessão. Muito mais do que isso, este instituto pode demandar legitimidade para pleitear direito a alimentos, sujeição ao poder parental (guarda, regulamentação das visitas, alienação parental e etc.), ou seja, todos os direitos e deveres inerentes ao vínculo filiatório.

Para os defensores desta tese, como Barbosa de Almeida e Rodrigues Júnior (2010, pp. 382-383), “parece permissível a duplicidade de vínculos materno e paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico pré-estabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento da paternidade ou maternidade biológico.”.

Com a construção desta doutrina, não obstante haja a pretensão de tutelar as relações socioativas, cujo elo de afeto esteja já sedimentado sobre bases sólidas, em determinados casos mais firme do que a própria consanguinidade, melhor seria conferir ao requerente que optasse pela manutenção do elo biológico ou substituísse o antigo pelo novo laço em construção. Através de uma irrestrita permissividade, num campo onde não há limites para a difusão dos laços familiares, conduz-se, a toda evidência, a uma verdadeira confusão entre os vínculos, sem respeitar a vontade dos terceiros (que guarda alguma relação com aquele que reconhece este estado filiatório), tão pouco tendo a cautela de examinar os efeitos sucessórios que dali se retiram, criando uma “multi-hereditariedade”.

Não que cause absoluta repulsa o pensamento em questão, mas apenas pretendemos promover uma análise mais minuciosa e cautelosa das suas nuances, verificando a possibilidade de aceitar a interferência na esfera de terceiros dos efeitos decorrentes do novo vínculo.<sup>186</sup> Pretendemos, ao menos, por limites aos efeitos advintos do reconhecimento da

---

<sup>186</sup> Ressaltando o cuidado que se deve ter ao conceber e aplicar esta tese, Chaves de Farias e Rosenvald (2015, *Famílias*, p. 599) advertem: “De qualquer modo, procurando uma visão mais sistêmica e problematizante, é preciso perceber que uma consequência natural da admissibilidade da tese da pluri-paternidade é o reconhecimento de

multiparentalidade, para que não surjam aberrações jurídico-sucessórias a partir da infinidade de novos parentescos, criando verdadeira “teia” sucessória.

É extremamente necessário evitar a sua aplicação desprovida de liames básicos da sua incidência, sendo fundamental que se estabeleçam limites aos efeitos que decorrem deste reconhecimento de parentalidade. Deste modo, nos parece mais objetivo e sistemático a obrigatória declaração dos efeitos que decorrerão daquele reconhecimento, partindo-se de um pressuposto negativo, nulo, diante do qual caberá ao aplicador do direito indicar quais os direitos e deveres filiatórios e parentais que advirão desta multiparentalidade. Falamos em uma declaração restritiva, onde se elencam taxativamente todos os efeitos dali decorrentes.

Por outro lado, se admitida a completude dos direitos e deveres próprios do vínculo de parentalidade, por uma via positiva, ampla, e não reducionista, as consequências podem ser catastróficas. Uma das razões de fundo estruturante da eventual multiparentalidade seria, portanto, a utilização deste instituto com finalidade exclusivamente patrimonial, no intuito de fazer jus à participação na sucessão do(s) novo(s) pai(s) ou da(s) nova(s) mãe(s), quiçá dos novos parentes proveniente do novo laço de parentesco construído. E estas atitudes, por óbvio, devem ser imediatamente rechaçadas.

Partindo, conseqüentemente, da preexistência da aceitação deste instituto adentro do sistema jurídico brasileiro, em um cenário de amplitude ilimitada dos seus reflexos (tanto no âmbito do direito de família, como no domínio do direito das sucessões), seria inevitável alcançar a sucessão de pessoas que se quer concordaram, ou mesmo tiveram conhecimento, do novo vínculo de parentesco construído.

Como este reconhecimento demanda um ato de vontade, esta seria apenas manifestada ou conhecidas pelas partes que participassem da sua construção, em eventual processo judicial inaugurado para este fim. Entretanto, outros parentes que possuíssem vínculo com quaisquer destas partes, que figuraram na conformação desta nova relação, sofreriam a interferência deste recente vínculo, inclusive com relação aos direitos sucessórios, na própria sucessão ou quando chamados a suceder.

A título exemplificativo, vislumbremos a seguinte situação: A possui três filhos comuns com seu cônjuge, B, C e D, e não tem ascendentes. Pouco tempo antes de A falecer, D

---

uma *multi-hereditariade*, na medida em que seria possível reclamar herança de todos os seus pais e de todas as suas mães. Isso sem esquecer a possibilidade de pleitear alimentos, acréscimo de sobrenome, vínculos de parentesco... O tema, portanto, exige cuidados e ponderações de ordem prática, uma vez que, admitida a pluripaternidade, estar-se-ia tolerando, por igual, a plurihereditariade, gerando inconvenientes explícitos, como uma estranha possibilidade de estabelecimento da filiação para atender meramente a interesses patrimoniais. Mais ainda: uma pessoa poderia herdar várias vezes, de seus diferentes pais.”.

reconhece, por multiparentalidade, o filho E, conferindo-lhe, em razão dos efeitos sucessórios, a comunicação com toda a sucessão que decorre dos novos vínculos de parentesco. Logo em seguida, todos os três filhos de A falecem, sendo pré-mortos quando da abertura da sucessão, restando como descendente, somente, E. Neste caso, se os efeitos da multiparentalidade alcançassem apenas o vínculo com D, não seria admitida a vocação de E e o cônjuge de A herdaria a título universal. Porém, como os efeitos advindos deste instituto se espriam por todas as relações de parentesco, deverá E ser chamado a suceder, reduzindo, por conseguinte, o quinhão a que faz jus o viúvo.

Como visto neste exemplo, o prejuízo será suportado pelo cônjuge, que sequer foi instado a se manifestar acerca da sua concordância com este novo vínculo familiar. Pior, ainda, será a futura sucessão deste viúvo, pois será o acervo integralmente transmitido a este descendente, sendo que não manifestou a sua vontade em tê-lo como parente, mas acaba aquele por recolher a integralidade da herança em virtude da sua condição de descendente.

Vê-se, portanto, a preocupante situação criada pela irrestrita aplicação dos efeitos pessoais e patrimoniais ao reconhecimento da multiparentalidade, principalmente em relação aos terceiros, que não manifestam a sua vontade quanto à esta situação, apenas suportando as deletérias consequências provenientes deste instituto.

É justamente por isso que defendemos, em último caso, a possibilidade da aplicação limitada dos efeitos pessoais inerentes à multiparentalidade, apenas aqueles que não refletem na esfera de terceiros, *v.g.* o registro plúrimo de paternidade e maternidade<sup>187</sup>. Além disso, de forma alguma devem decorrer automaticamente os impactos patrimoniais advindos desta nova relação de parentesco.

---

<sup>187</sup> Neste mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), do Brasil, no julgamento da Apelação Cível nº 0049834-80.2012.8.07.0001, rel. Ana Catarino, condicionando os efeitos da multiparentalidade à manifestação dos interessados, que seriam atingidos pelas consequências da respectiva decisão: DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. ENTEADOS MAIORES DE IDADE E CAPAZES. TITULARES DO DIREITO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. O TITULAR DO DIREITO AO CANCELAMENTO OU MODIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL É, EM PRINCÍPIO, O PRÓPRIO INDIVÍDUO. NESSE SENTIDO, AQUELE INDIVÍDUO CAPAZ E CUJO REGISTRO SE PRETENDE FAZER QUALQUER MODIFICAÇÃO DEVE NECESSARIAMENTE E INTEGRAR A LIDE, TENDO EM VISTA QUE ESTA GIRA EM TORNO DE DIREITO INDISPONÍVEL E INERENTE À SUA PRÓPRIA PERSONALIDADE. CONSIDERANDO AS PROPORÇÕES DO DEFERIMENTO DO PLEITO, O QUAL ACARRETARÁ ALTERAÇÕES EM DOCUMENTOS E ASSENTOS DE NASCIMENTO DOS INTERESSADOS E DE SEUS DESCENDENTES, DEVEM ESTES, OS QUAIS POSSUEM LEGITIMIDADE PARA TANTO, VIR A JUÍZO REQUEREREM, PESSOALMENTE, OU JUNTAMENTE COM A AUTORA, O ALMEJADO RECONHECIMENTO SOCIOAFETIVO. O INDEFERIMENTO É MEDIDA QUE SE IMPÕE, TENDO EM VISTA QUE UM DOS ENTEADOS SEQUER VEIO AOS AUTOS OU SE MANIFESTOU PELA CONCORDÂNCIA COM O RECONHECIMENTO DA MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJDFT, Relatora ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 11/06/2014, 6ª Turma Cível)

Com relação aos efeitos que esbarram na seara de terceiros, a sistemática empregada deve partir de um caráter nulo, somente sendo atribuídos aqueles declaradamente elencados para esta finalidade e com a expressa concordância de todos aqueles que serão atingidos por este reconhecimento.

Enfim, a incidência de eventuais efeitos que toquem a esfera de terceiros a esta relação multiparental (cônjuge, descendentes, ascendentes e colaterais) estarão condicionados à sua restrita discriminação e à aquiescência destes entes, que suportarão futuramente os reflexos deste novo vínculo.

Concordamos, todavia, com a possibilidade de imediata, automática aplicação das consequências que não venham a impactar na seara alheia, sendo exclusivamente dotada de características *inter partes*, a exemplo da inserção do nome do novo(s) pai(s), mãe(s), avô(s) avó(s), no registro de nascimento, numa posição de salvaguarda da sedimentação dos laços afetivos, mas digno de evitar a consecução deste mecanismos com finalidade unicamente patrimonial, gerando evidente enriquecimento ilícito por uma via, aparentemente, legítima.

### Parte III

## A RELEVÂNCIA DAS LIBERALIDADES EM VIDA E POR MORTE NO CÁLCULO DA QUOTA INDISPONÍVEL: DIFERENÇAS RELATIVAS À QUANTIFICAÇÃO E AO MOMENTO DA MESMA

### 12. O CÔNJUGE COMO BENEFICIÁRIO DO INSTITUTO DA COLAÇÃO

Compreender a interrelação entre o cônjuge e a colação perpassa, necessariamente, pelo esclarecimento de alguns fatores, iniciando-se, por óbvio, pela própria assimilação deste instituto. Não se deve olvidar, sobretudo, de todas as lições apreendidas até este momento, precisamente as particularidades atinentes ao estado atual da sucessão do cônjuge frente aos direitos brasileiro e português.

Normativamente, os dispositivos específicos que tratam desta correlação devem ser interpretados a partir da aplicação conjunta dos arts. 544, 2.002/2.012 do CCB, e dos arts. 2104º e segs. do CCP. Apesar disto, não se exclui a obediência a todo o regramento do texto que compõem, por entendermos ser inarredável a sistematicidade, uma vez que a interpretação isolada conduz a equívocos refutáveis pela coerência hermenêutica ora perseguida.

O instituto da colação pode ser reconhecido mais facilmente se analisada a sua definição através do seu elemento teleológico. Tem como objetivo, assim, promover a igualação dos quinhões hereditários dos descendentes que concorrem à sucessão de ascendente comum<sup>188</sup>, questionada a sua extensão ao cônjuge devido à recente inclusão deste na primeira classe da vocação sucessória.

Impende reconhecer, desde logo, que a colação consiste na conferência<sup>189</sup> dos bens recebidos em vida pelos herdeiros<sup>190</sup>, com vistas a rechaçar a presuntiva conduta do autor da herança em beneficiar determinados sucessores em detrimento dos demais<sup>191</sup>. Esta apenas

<sup>188</sup> Ressalve-se, aqui, o fato de que a colação deverá ser feita pelo descendente chamado a suceder, não a qualquer deles que receba em vida doação do *de cuius*, excepcionando-se, ainda, os casos de representação, quando os sucessores não herdaram em direito próprio, mas são obrigados a colacionar pela natureza da liberalidade perpetrada em favor do donatário, que não deve, com o seu falecimento, ser modificada e beneficiar excessivamente os representantes, avantajando o quinhão hereditário, onde o doador não quis fazê-lo.

<sup>189</sup> Antunes Varela e Pires de Lima (2010, p. 173) se apegam à etimologia da palavra para conceituar a colação: “A colação (como logo se infere do *étimo* de raiz latina – *conferir* – donde a palavra deriva) é a restituição (as mais das vezes apenas em *valor*, não em *espécie* ou *substância*), feita pelos descendentes, dos bens ou valores que o ascendente lhes doou, quando pretendam entrar na sucessão deste.”

<sup>190</sup> Segundo Euclides de Oliveira (2007, p. 384), conceitualmente, “colação é o mesmo que conferência de bens no processo de inventário. O termo deriva do latim *collatio*, de largo uso no instituto da *collatio bonorum*, que obrigava à apresentação de bens recebidos em vida por certos herdeiros, quando da transmissão hereditária dos bens do antigo titular. Dá idéia de cotejo, confronto, comparação de bens sujeitos a partilha.”

<sup>191</sup> Na precisa colocação de Pamplona Corte-real (2012, p. 309): “Trata-se de um instituto de recorte e alcance limitados, identificado afinal com uma presunção legal *juris tantum* de que às doações feitas pelo autor da sucessão

adviria da dispensa da colação, quando deliberadamente o hereditando manifesta a vontade de favorecer o beneficiário.

A sua incidência, por isso, cinge-se ao domínio da sucessão legítima, não obstante refletir na quota disponível ou ser referenciada em outros tipos de sucessão (testamentária), v.g. suportando os excessos da imputação prioritária na parte indisponível, preenchendo-se pela dispensa da colação, que pode, inclusive, constar em testamento e etc.

Outro ponto de destaque a ser ressaltado se refere à distinção entre o fenômeno colatício e a redução das liberalidades. De modo bem claro e conciso, Caio Mário da Silva Pereira (2015, pp. 378-379) enuncia os aspectos elementares desta diferenciação, subjacentes, basicamente, na finalidade a que se propõem, na respectiva operacionalização de cada uma delas e na sua natureza. Segundo o Autor brasileiro

A *colação* tem em vista restabelecer a igualdade das legítimas dos herdeiros necessários, ainda quando as liberalidades se compreendam no âmbito da meação disponível do doador. A *redução* tem a finalidade de fazer que as liberalidades se contenham dentro daquela metade, quer beneficie algum herdeiro, quer favoreça um estranho. A *colação* assenta teoricamente na vontade presumida do morto, ao passo que a *redução* é de ordem pública. Em consequência, é válida a dispensa de colação, [...]; mas não pode o falecido dispensar a redução.

Na verdade, a redução tem um caráter de proteção legal da quota legitimária, pois objetiva salvaguardar os limites estabelecidos pelo legislador para a disposição patrimonial feita pelo *de cuius* (em vida ou por morte), não deixando que toque a parcela reservada aos herdeiros legitimários, gravitando no entorno da legítima objetiva, mas sem interferir no acervo indisponível.

Enquanto isso, a colação tem como pano de fundo impor o respeito ao tratamento igualitário entre os sucessores legitimários, determinando a conferência dos bens recebidos em vida para compatibilizar o preenchimento das quotas hereditárias, excepcionando-se os casos em que o cotejo seja dispensado<sup>192</sup>. Pressupõe-se, como dito, a vontade de distribuição equânime do falecido, subvertida pela manifestação reversa consistente na dispensa de colação.

É evidente, dessa maneira, que a equivocada concepção da redução em lugar da colação ocasiona a desestruturação em cadeia do fenômeno sucessório, pois inquina todos os

---

a descendentes que, na altura, sejam presuntivos herdeiros legitimários (cf. art. 2104º e 2105º) envolveriam apenas uma antecipação do preenchimento do respectivo quinhão hereditário (cf. art.º 2108º, n.º1), na pressuposição de que a intenção do autor da sucessão e da doação não terá sido a de beneficiar aquele descendente face aos demais (para além do benefício decorrente da imediata aquisição do bem).”

<sup>192</sup> Para Galvão Telles (2004, *Parte Geral*, p. 122), “a colação assenta na *presunção* de que o doador, pai ou avô, não pretende beneficiar o filho ou neto em relação aos demais descendentes. Pretende apenas, movido por determinadas circunstâncias concretas, fazer-lhe como que um *adiantamento por conta do seu quinhão legitimário*, adiantamento que, uma vez falecido o *de cuius*, o obrigará a trazer à herança (*conferir*) o que recebeu, a fim de evitar prejuízo dos herdeiros restantes.”

demais termos da sucessão, desde a quantificação da legítima (p. ex., se não admitida a dispensa por acreditar que se trata de redução, e não de colação) à inoficiosidade de doações feitas em favor de herdeiros, que a colação determinaria a imputação prioritária na quota indisponível e o excedente na disponível, evitando eventual redução.

Entretanto, por mais relevantes que sejam estas circunstâncias, descer às suas minúcias não interessa ao presente Capítulo, quiçá ao tema central deste estudo, sendo suficiente a visão geral acima apresentada para a compreensão do tema específico a ser abordado: *o cônjuge como beneficiário do instituto da colação*.

No estado atual da sucessão do cônjuge sobrevivente, particularmente quando em concurso com descendentes, aplica-se ao viúvo a igualação dos quinhões hereditários consecutória da colação? Feita doação pelo *de cuius* em favor do cônjuge, não dispensada de colação, deverá este restituir os bens ao monte-mor quando da abertura da sucessão? Sendo instituto essencialmente voltado para os descendentes, submete-se o consorte supérstite à colação por concorrer com aqueles em primeira classe?

## **12.1. A SUJEIÇÃO DO CÔNJUGE À COLAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO; E A SUJEIÇÃO À IMPUTAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS**

Costumeira é a ambiguidade semântica que o intérprete atribui aos institutos da imputação e da colação, notadamente quando trata da (não) sujeição do cônjuge à reintegração ao acervo hereditário das liberalidades recebidas em vida. A distinção, porém, advém do próprio elemento conceptual, dependendo a imputação, particularmente, do conhecimento prévio quanto à submissão ou não da liberalidade à colação (inclusive por integrar o *donatum* o cálculo da legítima).

Como visto acima, a colação, no conceito bem elaborado de Caio Mário da Silva Pereira (2015, p. 378), é a “restituição, ao monte, das liberalidades recebidas em vida, para obter-se a igualdade dos quinhões hereditários, ao se realizar a partilha”<sup>193</sup>. Através dela, visa-se a distribuição equânime (ou mais próxima a este possível) das quotas sucessórias – elemento finalístico –, tornando obrigatória, a partir da abertura da sucessão, a conferência das liberalidades promovidas pelo *de cuius* em benefício dos descendentes.

De outro modo, a imputação sucessória, nos dizeres de Pamplona Corte-Real (1989, pp. 64-65), consiste em “interpretar, antes de mais. Interpretação que recairá sobre actos

---

<sup>193</sup> Na definição de Pamplona Corte-Real (2012, p. 312), colação seria “uma operação intelectual de restituição fictícia dos bens doados, para efeito de cálculo e igualação da partilha.”.

<<inter vivo>> e <<mortis causa>> praticados pelo causante, isolada e ou conexamente, a fim de se buscar um eventual sentido unívoco, coerente porque global, e definitivo. Mas aí não se concluirá a tarefa, pois haverá que passar à subsunção da actuação negocial do <<de cujus>>, ao nível das liberalidades em vida e por morte efectuadas, e mais exactamente do sentido delas eventualmente decorrente, nas regras legais que, no contexto legitimário, injuntiva ou dispositivamente o enquadram ou integram.”.

Por meio da imputação define-se o enquadramento das liberalidades (em vida ou por morte) na quota disponível ou indisponível, não confinando-se na sucessão legitimária<sup>194</sup>, delineando a composição do quinhão hereditário, sendo operação estritamente conexa à legítima e que não guarda, ressalte-se, um cunho meramente contabilístico, mas um aspecto instrumental de consecução da vontade do *de cujus*, ao abrigo do regramento de todo o fenómeno jurídico-sucessório<sup>195</sup>.

Não apenas o intérprete, mas em alguns momentos também o legislador, confundiu os conceitos de colação e imputação, referindo-se a um deles quando, em verdade, pretendia tratar do outro. Aliás, mesmo fazendo com a convicção do instituto que mencionava, algumas hipóteses normativas exigem que se descortine o real sentido que deve ser atribuído à regra, evitando a aplicação da colação onde deveria haver imputação, e vice-versa.

Sob estas premissas, e considerando a específica abordagem deste estudo, interessa verificar eventual subversão neste tratamento em situações jurídicas que interfiram na concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com herdeiros legitimários. Esta averiguação poderia resultar inócua, caso o tratamento dispensado nos sistemas ora utilizados (brasileiro e português) fossem dotados do rigor técnico devido, fornecendo ao intérprete as ferramentas necessárias para um labor hermenêutico coerente. No entanto, não foi o que aconteceu, sendo plenamente diverso o que se vê.

A sistematicidade do CCP e do CCB demonstram uma dicotomia deveras peculiar. Enquanto inserem o cônjuge na primeira classe de sucessíveis, submetem à colação apenas os bens doados em favor dos descendentes, não sujeitando o viúvo, à primeira vista, à

---

<sup>194</sup> Concordamos, neste particular, com Pamplona Corte-real (1989, p. 53), ao entender suficiente elencar hipóteses em que a imputação aparece relacionada a outros tipos de sucessão, como nos casos da “*herança <<ex re>>* ou do *legado por conta da quota*”.

<sup>195</sup> Oliveira Ascensão (2000, p. 366) elenca os pontos de distinção entre os dois institutos, colação e imputação, preclarando o autor da seguinte forma: “A colação visa estabelecer a igualdade na partilha entre os descendentes. A imputação é necessária em toda a sucessão legitimária. A colação supõe a pluralidade de herdeiros. A imputação fica-se ainda que haja herdeiro único. A colação tem por objeto as liberalidades feitas em vida. A imputação tem de fazer-se ainda em relação a disposição *mortis causa*. A colação pode ser dispensada. A imputação é necessária ainda quando a colação for dispensada. Mais ainda: a colação funciona, não apenas na sucessão legitimária, como também na sucessão legítima: ainda aí haverá que igualar a partilha. A imputação é operação específica da sucessão legitimária.”.

conferência dos bens recebidos por liberalidade do *de cuius*. Isto é facilmente concebível pela simples leitura dos arts. 2104º do CCP e 2.002 do CCB, ao fazerem referência somente aos descendentes.

O pressuposto da colação, ratifique-se, busca a igualação das quotas hereditárias entre aqueles que se encontram submetidos à este mecanismo, que envolve uma “antecipação do preenchimento do respectivo quinhão hereditário”<sup>196</sup>. Ou seja, haverá a imputação das liberalidades recebidas pelos descendentes na quota indisponível, pois pressupõe-se que o doador ou testador não quis beneficiar um sucessor em detrimento dos demais. Isto não resulta, contudo, na transmutação da imputação em colação, mas apenas uma interrelação de cunho instrumental entre elas<sup>197</sup>.

Enfim, como finalidade a colação visa, originariamente, equiparar o quinhão hereditário dos descendentes, determinando a imputação primária na quota indisponível, haja vista o aspecto presuntivo do não privilégio de um dos descendentes em prejuízo dos demais, se a declaração indicar que a doação é por conta da quota disponível, transpõe-se a sua imputação para aquela quota.

Ocorre que, apesar de reconhecida a necessidade de atribuição equitativa das quotas entre os descendentes, sucessíveis de primeira classe, obrigando-os, para tanto, à colação, o regramento sucessório *parece* não atribuir idêntico tratamento ao cônjuge supérstite, silenciando quanto à sujeição deste à conferência dos bens doados pelo *de cuius*. Este silêncio já é suficiente para suscitar algumas dúvidas a este respeito.

Os arts. 2104.º e 2105.º do CCP, bem como o art. 2.002 do CCB, não incluem o viúvo na obrigação de colacionar, cumprindo estabelecer qual a interpretação que deve ser feita acerca desta controvérsia, nomeadamente sob uma perspectiva sistemática da sucessão do

---

<sup>196</sup> Esclarece o substrato do instituto Pamplona Corte-Real (2012, 309), quando postula: “Trata-se de um instituto de recorte e alcance limitados, identificado afinal com uma presunção legal *juris tantum* de que às doações feitas pelo autor da sucessão a descendentes que, na altura, sejam presuntivos herdeiros legítimos (cf. Art. 2104.º e 2105.º) envolveriam apenas uma antecipação do preenchimento do respectivo quinhão hereditário (cf. Art. 218.º, n.º 1), na pressuposição de que a intenção do autor da sucessão e da doação não terá sido a de beneficiar aquele descendente face aos demais (para além do benefício decorrente da imediata aquisição do bem)”. Instituto também presente no direito brasileiro, Gonçalves (2012, p. 537) o define como “o ato pelo qual os herdeiros descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum declaram no inventário as doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegados, para que sejam conferidas e igualadas as respectivas legítimas (CC, art. 2.002 e 2.003). É dever imposto ao herdeiro, pois a doação de ascendentes a descendentes ‘importa adiantamento do que lhes cabe por herança’ (CC, art. 544).”.

<sup>197</sup> Este caráter “instrumental” preconiza a utilização do instituto da imputação para a consecução dos objetivos da colação, determinando o enquadramento das doações prioritariamente na quota indisponível, apenas utilizando-se da disponível para o excedente, e somente se possível. Esta operação confere maior probabilidade de se alcançar a almejada igualação entre estes sucessores, conforme pretendido pelo fenômeno colatício. Como razão de fundo da própria imputação, nesta operação buscar-se-á preservar a vontade do *de cuius*, valendo-se, para tanto, do substancial fundamento da colação, consistente na maior igualação possível entre os descendentes (ou até do viúvo, como se verá).

consorte sobrevivente, frente aos institutos da colação e da imputação.<sup>198</sup> Tanto o sistema lusitano como o português, especificamente quanto aos referidos prescritivos, tratam apenas de descendentes, não sujeitando o cônjuge, de início, à colação.

Saliente-se, por oportuno, que o art. 2.003 do CCB<sup>199</sup> enuncia a presença do cônjuge sobrevivente como beneficiário da igualação das quotas, situação não visualizada no CCP. Além disso, a inclusão do viúvo na primeira classe de sucessíveis, numa concorrência paritária com os descendentes, denota indícios que podem determinar a sujeição do consorte a este instituto, ou, ao menos, guiar a imputação das liberalidades recebidas por ele em vida do falecido, ainda que inexistente a sua obrigatoriedade de “conferência” destes bens na abertura da sucessão.

Suscitam-se, diante deste quadro normativo, as seguintes indagações: A exclusiva menção aos descendentes nos dispositivos típicos da colação são extensíveis ao cônjuge? Se possível, a que título seriam aplicados ao viúvo? Qual o reflexo da exclusão do consorte supérstite nas normas que se aplicam à colação? Pode ele ser unicamente beneficiário dos efeitos da colação e não estar sujeito à mesma? Não estando submetido à obrigação de colacionar, há outra forma de aproximar a sua quota à dos descendentes?

Considerando a diferenciação existente entre os ordenamentos luso e brasileiro é preciso apartá-los a partir deste ponto, para uma melhor compreensão da construção do raciocínio ora desenvolvido.

O CCB dispõe, no artigo que inaugura o Capítulo referente à colação (art. 2.002), que “os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”. Objetivamente, percebe-se que o dispositivo apenas faz menção aos descendentes, sem nada dizer sobre o viúvo, herdeiro que concorre consigo em primeira classe.

Entretanto, na regra subsequente (art. 2.003), quando trata da finalidade que visa o instituto, expressamente o Diploma se reporta aos descendentes e ao cônjuge sobrevivente, com vistas a promover a igualdade dos seus quinhões. Pela inteligência deste prescritivo pressupõe-se, de imediato, a extensão do benefício colatício de igualdade das quotas sucessórias ao viúvo. Se favorecido o cônjuge com esta imperativa paridade, não deveria, assim como os

---

<sup>198</sup> Traduz a necessidade de respeito à restrição Eduardo dos Santos (1998, p. 247) ao afirmar que “Como quer que seja, não se pode forçar as barreiras da lei de forma a incluir o cônjuge sobrevivente entre as pessoas sujeitas à colação.”

<sup>199</sup> **Art. 2.003.** A colação tem por fim *igualar, na proporção estabelecida neste código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente*, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados.

descendentes, trazer os bens doados pelo *de cuius* à colação?

É certo que a evolução sucessória do cônjuge deu enorme salto com o texto do Código Civil em vigor, mas a inércia interpretativa de temas relevantes, como a sujeição do cônjuge à colação, não pode se sobrepor à uma perspectiva jurídica sistemática, apoiada nos fundamentos dos institutos em causa.

Em razão disso, o aproveitamento pelo viúvo das vantagens da colação permitem inferir que devem cumprir a obrigatoriedade colatícia se quiserem obtê-los, caso contrário, a perseguida igualdade de quinhões tornar-se-ia dificultosa, ainda mais porque as liberalidades seriam feitas por conta da cota disponível.

Ao cônjuge, mesmo que beneficiado com a doação feita pelo falecido, seria ainda conferida a sua legítima, partindo-se da premissa de que o doador quis avantajá-la a sua quota quando realizou o ato de liberalidade. Num fenômeno jurídico-sucessório onde se procurou compensar a meação com a exclusão sucessória do viúvo (mesmo que discordemos desta orientação), restando os benefícios concedidos ao cônjuge, seria lógico afirmar que o mecanismo colatício objetivaria favorecer o cônjuge em detrimento dos descendentes?

Por óbvio, não. A estes dispositivos, relativos à colação, acresce-se a regra do art. 544 do CCB, que dispõe que a “doação de ascendentes a descendentes, ou *de um cônjuge a outro*, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Ou seja, o silêncio do doador quanto ao enquadramento da liberalidade por conta da quota disponível ensejará a sua imputação na indisponível, ante a aplicação do expresso teor do aludido regramento. Caso deseje retirar do cônjuge donatário esta obrigação, deve fazê-lo expressamente por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.

O elemento teleológico desta norma preconiza precisamente a presunção de igualdade que o autor da herança pretende manter, entre os sucessores de primeira classe, antecipando bens ou valores que lhes destinaria apenas na abertura da sucessão por outras razões<sup>200</sup>. Deste dispositivo adviria, portanto, a *ratio* colatícia que determinaria a interpretação ampliativa do art. 2.002 para alcançar também o cônjuge sobrevivente, reforçada pela sua expressa menção no art. 2.003 do CCB.

Assim, não é porque o legislador silenciou com relação à sujeição do cônjuge à colação no art. 2.002, do CCB, que se deve conduzir à precipitada conclusão da desnecessidade

---

<sup>200</sup> Esta justificativa para o tratamento equitativo entre os sucessores de primeira classe foi bem pontuado por Ramirez (1997, p.87), pois “ao fazer a doação, o falecido, sabendo que o cônjuge é seu herdeiro legítimo, queira apenas antecipar o respectivo quinhão hereditário. E esta ideia assenta também em razões de ordem social, como seja a proteção da família nuclear, cujos membros deverão ser tratados com equidade.”

de conferência das doações feitas a seu favor, admitindo, desde logo, a imputação da liberalidade na quota disponível. A construção do raciocínio supra demonstra que não passa este silêncio de um equívoco legislativo, totalmente distinto do deliberado e consciente intuito em excluir o cônjuge, a determinar verdadeira omissão.

Por estas razões, na ótica do ordenamento jurídico brasileiro, embora ausente a referência ao viúvo no dispositivo que impõe a colação, o cônjuge sobrevivente, pela conjugação com os demais termos do CCB, está sujeito aos ditames da obrigação colatícia, devendo trazer à conferência os bens recebidos do falecido em vida, a fim de igualar os quinhões hereditários. Não que seja impossível a desigualação, mas não deve-se torna-la presumível, mas admiti-la, apenas, quando manifestamente declarada pelo doador a sua vontade em beneficiar determinado sucessor.

Tendo em vista a inteligência do art. 2104º do CCP, que também não faz qualquer referência ao consorte supérstite, é este reconduzível ao mesmo raciocínio empregado no sistema brasileiro?

A conclusão pela sujeição do cônjuge à colação no direito brasileiro advém da complementariedade das normas referentes a este instituto. Não decorre a consagração desta obrigatoriedade da simples observância de uma determinada regra. Como explicitado acima, além da obediência aos ditames normativos dos arts. 544, 2.002 e 2.003 do CCB, são relevantes as razões do próprio fenômeno colatício, a presunção da vontade do falecido em manter a equitativa distribuição patrimonial entre os herdeiros de primeira classe e a predeterminação legal acerca da imperativa igualdade de quinhões entre estes sucessíveis (deixando livres os bens da quota disponível para este fim).

Consequentemente, na concorrência com descendentes, ante a existência do pressuposto da igualação das quotas hereditárias, não é a somente ausência da referência à sujeição do cônjuge à colação que responderá este questionamento. Por uma interpretação sistemática das normas e fundamentos sobre os quais se assenta a colação no direito português é que deveremos encontrar a finalidade perseguida, seja ela conducente à submissão ou não ao aludido instituto.

No que tange à sujeição à colação quando concorre com ascendentes ou chamado isoladamente, maiores problemas não surtem. De logo, constata-se a ausência de previsão legal neste sentido, e, com relação a cada uma das situações, conformam-se fundamentos inarredáveis: o pressuposto da igualação da partilha apenas se aplica à concorrência com descendentes; a falta da pluralidade de herdeiros (requisito da concorrência) torna desnecessária

a colação<sup>201</sup>.

A controvérsia cinge-se, em verdade, quanto à sujeição do cônjuge à colação quando em concurso com descendentes.

Pela simples leitura e interpretação gramatical do art. 2104º do CCP, não há como estender ao cônjuge a obrigação de colacionar que recai expressamente sobre os descendentes. Isto causa até certa perplexidade, assim como ocorre no direito brasileiro, porque no estado atual da sucessão do cônjuge sobrevivente, encontra-se ele na mesma classe de sucessíveis que os descendentes, traduzindo indícios de tratamento igualitário entre estes. Fujiria desta lógica, portanto, a sujeição dos descendentes à colação e a exclusão do consorte desta conferência.

Ainda que se pretenda equiparar a aplicação do instituto ora versado aos membros da primeira classe, o atendimento às normas da codificação civilista lusitana não permite ultrapassar este limite. Além disso, diversamente do sistema brasileiro, que alcança conclusão distinta ao direito português neste particular, inexistente no ordenamento lusitano outras regras que, compatibilizadas com os termos do citado dispositivo, conduzam à sujeição do cônjuge à colação, através de uma interpretação sistemática.

Aliás, poder-se-ia dizer que a posição de privilégio a que foi alçado o cônjuge sobrevivente na nova sistemática das codificações<sup>202</sup>, permite presumir a intenção do falecido de beneficiar o seu consorte em detrimento dos seus filhos<sup>203</sup>. É, afinal, o que defende Jorge Duarte Pinheiro (2011, p. 329), pois considera que, “uma vez que a condição do cônjuge é obviamente diversa da de filho, afigura-se forçado partir do pressuposto de que normalmente o *de cuius* pretende tratar de igual modo aquele e este. Por conseguinte, não se vislumbra uma razão que legitime a inclusão, por analogia, do cônjuge no grupo de sujeitos obrigados a colação.”<sup>204</sup>

<sup>201</sup> Bem esclarece Capelo de Sousa (2012, vol II, p. 223, nota 569) acerca da indiscutível não sujeição à colação nestas duas hipóteses: “No caso de o cônjuge, após a entrada em vigor do DL 496/77, ser beneficiado com liberalidade em vida pelo outro cônjuge e vir a ser herdeiro legítimo efectivo deste, é evidente que não haverá colação se ele concorrer à herança com os ascendentes (arts. 2157º, 2133º, nº 1, al. b), e 2142º e segs.), pois estes, como sucessíveis de 2ª linha, seguramente não estavam sujeitos à colação e continuam a não estar, e falta pois o fundamento da igualação da partilha (art. 2104º). Também não haverá colação se o cônjuge vier isolado à herança (arts. 2157º e 2144º) do outro cônjuge doador, pois então falta o pressuposto do *concurso* de diversos herdeiros (art. 2104º).”

<sup>202</sup> Segundo Duarte Pinheiro (2011, pp. 328): “[...] o instituto da colação se funda numa presunção legal *iuris tantum* de que o autor da sucessão quando faz uma doação a um dos filhos não pretende vantagem relativamente aos demais, encontrando justificação na ideia de que, em princípio, um pai não deseja tratar de forma diferente os seus filhos.”

<sup>203</sup> Neste sentido, postula Nogueira (1980, p. 690): “Na verdade, quando um cônjuge faz uma doação ao outro a presunção mais natural parece ser a de que o doador quis beneficiar o donatário em relação aos filhos, dado que a natureza do afecto que o prendem a um e aos outros é diferente.”

<sup>204</sup> Na contramão deste entendimento, cabe verificar a posição de Capelo de Sousa (2012, vol. II, pp. 229-231), nomeadamente os argumentos que justificam este posicionamento: “[...] cabe dizer que não nos parece justificar-se a solução que apenas os descendentes estejam sujeitos à colação e não de igual modo o cônjuge sobrevivente. Desde

Não se quer dizer, com isso, que a colação não refletirá na sucessão do viúvo, ao ponto de conferir claro benefício ao consorte com a imputação da liberalidade recebida na quota disponível, sem tocar a princípio a sua legítima subjetiva, salvo se necessária para evitar eventual redução por inoficiosidade. Discordamos, pois, do posicionamento acima exposto, mas, também, não aquiescemos com a necessária sujeição do cônjuge à colação.

O que subsiste no espírito do sistema português é uma verdadeira sujeição à imputação do cônjuge, tendo em vista que diretamente não se submete àquele instituto, entretanto. É exatamente como afirma Pamplona Corte-Real (1989, p. 1034), quando afirma que “o benefício da colação contempla, por arrastamento, o cônjuge, apesar da sua exclusão do instituto”.

Partindo desta premissa de não-sujeição do cônjuge à colação no direito português, nos incumbe a tarefa de analisar esta situação sob dois formatos: a conferência pelo descendente donatário e seus reflexos na quota hereditária do cônjuge; o tratamento conferido quando a liberalidade é feita em favor do viúvo.

No primeiro caso, ainda que o cônjuge não esteja sujeito à colação, deve ser observado o regramento aplicável ao fenômeno jurídico-sucessório, notadamente os ditames específicos da sucessão em primeira classe, entre o consorte supérstite e os descendentes. Em regra, caso existam apenas descendentes, seguir-se-ia a princípio a imputação da doação na quota legitimária do donatário, com o excedente preenchendo a quota disponível, para somente em seguida ser promovida a igualação. Com a presença do cônjuge haverá uma singela modificação operacional, para que sejam obedecidas as regras sucessórias gerais.

Aqui, o cônjuge aproveitará da colação a ser realizada pelo descendente-donatário, determinando-se, por isso, a paritária distribuição entre os legitimários em primeira

---

logo, porque não se justificaria que o cônjuge sobrevivente, chamado *conjuntamente* à herança com os descendentes, aproveitasse do aumento da massa partilhável, pela imputação das liberalidades nos quinhões hereditários dos descendentes sujeitos à colação, estando ele, no silêncio do *de cuius*, as liberalidades que lhe fossem feitas integrariam a quota disponível do autor da sucessão, por não estarem sujeitas à colação. Depois, porque mesmo do ponto de vista da vontade presumida do autor da sucessão, uma vez que o cônjuge sobrevivente passou a ser presumido herdeiro legitimário, parece razoável admitir a presunção jurídica, com a qual o *de cuius* deve contar, de que no silêncio deste as liberalidades feitas em vida ao cônjuge ou aos descendentes constituem uma mera antecipação do quinhão hereditário de todos eles, até porque há interesses sociais no sentido de não facilitar a discriminação entre os herdeiros prioritariamente chamados. E, mais do que isso, a própria colação tem estado também, e de um modo *activo*, ao serviço de razões de equidade social (v.g., desde os seus primórdios de *collatio bonorum* e de *collatio dotis*) para efeitos do tratamento sucessório *igualitário* dos herdeiros forçosos, normal e prioritariamente chamados à sucessão (veja-se, inclusivamente, o n.º 2 do art. 2108.º, bem expresso a determinar a igualação a favor de <<todos os herdeiros>>), razões essas que, com a erupção da sucessão legitimária em 1.ª linha do cônjuge, voltam novamente a apelar à colação. Ademais, o próprio objetivo da igualação entre os co-herdeiros legais faz indubitavelmente parte do suporte legal da nossa colação (cfr. n.º 1 do art. 2104.º) e a igualação global só é possível com a colação do cônjuge. Aliás, o preâmbulo do DL 496/77 aponta, como vimos, para uma equiparação sucessória das vocações dos descendentes e do cônjuge.”

classe<sup>205</sup>. Assim, partilha-se, de início, os bens livres da quota disponível entre estes sucessores (agindo sob a regra geral do art. 2139º/1 do CCP), para, somente após, promover a imputação do *donatum* e apurar eventual existência de excesso para além da quota hereditária legal do beneficiário da doação, quando deverá ser promovida nova partilha, segundo aquelas mesmas regras.

A primeira classe é ocupada conjuntamente pelos descendentes e pelo cônjuge, por este motivo, não se deve realizar a prévia igualação entre os descendentes, deixando para momento posteriora apuração da quota do viúvo. Caso realizada desta forma, estaríamos agindo em desconformidade com os preceitos do tratamento jurídico-sucessório, que inclui o cônjuge e os descendentes, em concorrência na primeira classe. Diante disso, a imputação será realizada na forma explicitada acima.

Mas, o que ocorre quando o viúvo é o próprio beneficiário da doação, sendo que não se submete à colação?

Neste caso, o problema se refere especificamente à imputação (e não à colação, como possa parecer<sup>206</sup>), posto que devem ser obrigatoriamente obedecidos os seus preceitos para encontrar a solução mais adequadas à sujeição do cônjuge donatário à imputação.

Tendo em vista a paritária posição do cônjuge e dos descendentes, se seguirmos a originária concepção do fenômeno colatício, como o viúvo não se encontra sujeito à sua incidência, de imediato a doação seria imputada na quota disponível. No entanto, a imputação deve observar as circunstâncias desta hipótese, razão pela qual implica o preenchimento primário da quota legitimária<sup>207</sup>, pela condição concorrencial do cônjuge, apenas utilizando-se

---

<sup>205</sup> Defendendo a não sujeição do cônjuge, mas trazendo solução diversa quanto ao benefício da colação dos descendentes, sustenta Nogueira (1980, p. 692): “Não seria justo que, estando o cônjuge dispensado de trazer à colação o valor dos bens que lhe tenham sido doados pelo outro, pudesse em contrapartida locupletar-se com as conferências dos descendentes donatários que concorram à herança.”. Acerca da possibilidade de se beneficiar o cônjuge da conferência dos bens pelos descendentes, afirma Ramirez (1997, p.p. 99-100): “[...] como consiste numa mera antecipação da herança, e tudo se passa como se não tivesse existido a doação, também o legislador não alterou a forma de conferir, que continua a beneficiar os restantes herdeiros legitimários chamados à sucessão.”.

<sup>206</sup> França Pitão (2005, p.67) confunde os institutos da colação e da imputação, posicionando-se, por isso, pela sujeição do cônjuge à colação, ainda que sob os mesmos fundamentos que utilizamos para concluir por uma submissão meramente à imputação: “[...] não devemos esquecer-nos que, após a Reforma de 1977, nos termos dos artigos 2157. E 2133., n.1, al. a), o cônjuge sobrevivente é herdeiro legitimário na primeira classe de sucessíveis, juntamente com os descendentes. Com isto quer-se dizer que o cônjuge sobrevivente irá *suceder sempre ao de cuius*. Assim sendo, parece-nos lógico que o cônjuge deveria estar sujeito a colação, quando tenha sido beneficiado em vida com uma doação feita pelo autor da sucessão. As razões que justificam a aplicação do instituto da colação ao descendente presuntivo herdeiro legitimário podem também repetir-se em relação ao cônjuge, dado que ele é, por um lado, herdeiro de primeira classe e, por outro lado, é sempre presuntivo herdeiro legitimário do *de cuius* desde a data da celebração do casamento.”.

<sup>207</sup> Neste sentido assevera Ramirez (1997, p. 87): “Será de presumir, por outro lado, que, ao fazer a doação, o falecido, sabendo que o cônjuge é seu herdeiro legitimário, queira apenas antecipar o respectivo quinhão hereditário. E esta idéia assenta também em razões de ordem social, como seja a protecção da família nuclear,

da parcela disponível se excedida aquela<sup>208</sup>. Não cabe, por óbvio, qualquer tentativa de igualação, uma vez que não está presente a obrigação colatícia e esta não é a finalidade da imputação<sup>209</sup>.

O fato de não estar o cônjuge sujeito à colação não é suficiente para ocupar prioritariamente a quota disponível, posto que a doação feita em seu favor deve considerar a sua especial qualidade de herdeiro legitimário, e ainda concorrente em primeira classe, mantendo, por isso, a imperativa imputação da liberalidade na sua quota legitimária. Não se deve reduzir a imputação à uma mera atividade contabilística, sem perquirir a sua substância e fundamentos.

Enfim, a conclusão que se chega, de sujeição do cônjuge à imputação, se retira, por conseguinte, da própria essência do instituto da imputação e das regras gerais sucessórias do CCP, assim como através da negativa da atitude do legislador em não prever a obrigatoriedade do cônjuge em colacionar<sup>210</sup>.

---

cujos membros deverão ser tratados com equidade.”. A este respeito, o *Codice Civile*, no art. 737.º, preestabelece a sujeição do cônjuge à colação, dispondo da seguinte forma: “*I figli legittimi e naturali e i loro discendenti legittimi e naturali ed il coniuge che concorrono alla successione devono conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente, salvo che il defunto non li abbia da ciò dispensati. La dispensa da collazione non produce effetto se non nei limiti della quota disponibile.*”. Peremptoriamente, conclui neste sentido Mengoni (1985, p. 86): “*Lo spostamento del criterio fondamentale della successione legittima dalla grande famiglia alla famiglia coniugale ha comportato l’estensione dell’obbligo de collazione ai rapporti tra coniuge e figli (art. 737). Poichè la collazione produce un aumento reale della massa dividenda, consegue che le rispettive quote intestate se calcolano e se prendono sui beni relitti aumentati di tutto ciò che è stato donato dal defunto ai coeredi senza dispensa dalla collazione.*”. Seguindo esta orientação, considerando o cônjuge herdeiro necessário, estabelece o Código Civil espanhol: “art. 1035.º. *El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.*”.

<sup>208</sup> Assim como ocorre com os demais legitimários que integram a primeira classe de sucessíveis, sendo a finalidade da imputação presumir a vontade do autor da herança, pressupõe-se que ele não pretenderia avantajar a quota do cônjuge em detrimento dos demais sucessores, mantendo a paritária distribuição entre eles, não obstante a posição privilegiada que lhe é conferida no atual cenário civilista português e brasileiro.

<sup>209</sup> Como bem explica Pamplona Corte-Real (1989, p. 1035), quando trata da sujeição do cônjuge à imputação: “Em tal hipótese, colocar-se-á apenas um problema de imputação, que, por força da paridade de posições sucessórias entre o cônjuge e os descendentes, parece dever implicar que a imputação se faça primeiramente na sua quota legitimária, e se a exceder na quota disponível, onde, porém, nenhuma igualação ou tentativa de igualação se verificará. Daqui decorre que a imputação da liberalidade em vida na quota legitimária do cônjuge importa realmente e também a justaposição de títulos de herdeiro legitimário e de donatário (ainda e sempre autónomos na sua eficácia). Já não assim na quota disponível, onde a inexistência de qualquer preocupação de igualação da partilha não implica a subjacência de qualquer título sucessório correspondente. A imputação cinge-se então a uma operação puramente contabilística, sem qualquer <<revestimento>> sucessório.”.

<sup>210</sup> De modo semelhante entende Ramirez (1997, p. 101): “... conclui-se que o legislador se manifestou (embora através do silêncio) quanto à questão jurídica de sujeitar ou não o cônjuge sobrevivente à colação, resolvendo tal questão pela negativa, ou seja, mantendo os descendentes como os únicos herdeiros obrigados à conferência dos bens doados.”.

## 12.2. O CÔNJUGE FACE A DISPENSA DE IMPUTAÇÃO OU DE COLAÇÃO: SOLUÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

A dispensa de colação, que pode ser feita por ato *inter vivos* (no ato da liberalidade) ou *mortis causa* (por testamento), ordena caminho inverso ao próprio instituto. Enquanto a colação determina que a liberalidade seja imputada prioritariamente na quota indisponível, deixando seu excesso para ser contemplado na parte de que pode dispor o falecido, a sua dispensa serve para indicar a reversão desta operação. Através dela, preenche-se primeiro a parcela disponível da herança, diante da declaração do doador de que pretende beneficiar o donatário acrescentando a liberalidade ao quinhão legitimário do donatário, caso não utilizado para enquadrar e preservar a integralidade da doação recebida do *de cuius* ainda em vida (esta questão exige, ainda, maiores esclarecimentos).

Neste particular, manifesta o doador, expressamente, a sua vontade em beneficiar o donatário em detrimento dos demais herdeiros, ou mesmo de outorgar-lhe determinado bem, retirando-lhe, portanto, a obrigação de trazer à conferência os bens recebidos em vida, a fim de promover eventual igualação com o quinhão dos outros sucessores. Com esta dispensa, há um avantajamento do quinhão hereditário do donatário, posto que imputada a doação na parte de livre disposição do autor da herança, socorrendo-se à quota indisponível, se necessário, quando já lhe é garantida, ainda, a sua legítima subjetiva.

Expressamente, o art. 2114.º/1 do CCP consagra: “Não havendo lugar à colação, a doação é imputada na quota disponível.”. Dicção mais clara e objetiva não poderia representar a imputação das doações na quota de que pode dispor o autor da herança, no caso de dispensa da colação.

Haverá, nos casos submetidos a este regramento, uma dispensa da colação, devendo-se retirar deste ato a exigência da operação colatícia, consubstanciada na sua finalidade de *igualação dos quinhões hereditários*. Apenas por este motivo, promove-se a imputação diretamente na quota disponível, por ser desnecessário deixa-la livre para a consecução da operação que visa a partilha paritária do acervo.

A partir desta compreensão, surge a dúvida acerca da restrição desta imputação na quota disponível, sendo impossível aproveitar a legítima subjetiva do donatário para respeitar a vontade do *de cuius*; ou admite-se a complementação da quota do donatário com a sua legítima subjetiva, preservando o ato de doação promovida em seu favor. Como se percebe, já deixamos transparecer acima o nosso posicionamento sobre a matéria.

Não se infere unicamente, com a dispensa de colação, que o doador tenha desejado apenas preencher a sua quota disponível, sem vislumbrar qualquer outra finalidade deste ato. Se assim fosse, tornando inoficiosa a doação dispensada de colação que ultrapassasse a quota disponível, ainda que possível preservá-la pela legítima subjetiva, estaríamos aquiescendo com uma verdadeira dispensa de imputação.

Sendo assim, deve-se destacar o inafastável elemento teleológico da técnica de imputação, consistente, como acima explicitado, na fiel execução da vontade do falecido, que permite, em razão disso, a necessária comunicabilidade das quotas disponível e indisponível, e não a presença estanque de cada uma delas, a determinar aparentemente uma completa repulsa entre aquelas.

Seguindo a linha de raciocínio de Pamplona Corte-Real (1989, p. 1022), interessa notar que *“a flexibilidade da técnica de imputação no seu propósito primacial de execução da vontade real do autor da sucessão, propósito no qual se não esgota a sua rica funcionalidade, impõe a intercomunicabilidade das quotas indisponível e disponível, sempre que esteja em causa a imputação de uma liberalidade feita a um legitimário que não <<caiba>> na porção hereditária – disponível ou indisponível – onde primeiramente deva ser imputada.”*

Portanto, evidencia-se a necessidade de perseguição da vontade real do autor da herança, dentro dos limites normativos estabelecidos, e das circunstâncias casuisticamente apresentadas, sendo aquele, entretanto, o aspecto primacial da tarefa de imputação, principalmente quando confrontada com o instituto da colação.

Exatamente por estes fundamentos que a dispensa de colação, plenamente admissível no CCP, reconduz à uma imputação da doação na quota livre da herança, sendo certo que o seu excesso, contudo, preencherá subsidiariamente a legítima subjetiva do donatário, a fim de respeitar a *vontade real do autor da sucessão*, subtraída do próprio ato de disposição por conta da quota disponível (o avantajamento do quinhão do legitimário-donatário).

Ocorre que, pelas conclusões alcançadas no tópico anterior, não há como falar em uma efetiva dispensa de colação pelo cônjuge, pois ele não está sujeito à incidência deste instituto. Mas, como vimos, por razões lógicas e pelos fundamentos da própria imputação, as doações promovidas em seu benefício serão imputadas na sua quota indisponível, encontrando-se submetido à imputação. Em razão disso, somente é possível falar em “dispensa de imputação”, excepcionalmente, quando nos referirmos ao cônjuge, face às normas de direito português, porque é impossível dispensar a aplicação de um instituto que não toca a liberalidade feita em favor daquele sucessor.

Portanto, quando o autor da herança quiser deliberadamente beneficiar o cônjuge, avantajando o seu quinhão, a par de permitir a cumulação da sua quota disponível com a legítima subjetiva, deve fazer menção à “dispensa da imputação” na parte indisponível, pois é assim que se encontram submetidas as liberalidades feitas ao cônjuge, por mais que não se sujeite à colação. Se assim proceder o doador, a imputação será inicialmente promovida na quota disponível para, em seguida, abarcar a legítima subjetiva, respeitando a vontade do autor da sucessão, pelas mesmas razões da interferência de quotas acima enunciadas, evitando que esbarre no limite da parcela de que pode dispor.

Coincidentemente, os resultados alcançados para o cônjuge e os descendentes são equiparados. Excepciona-se, todavia, o peculiar caso do repúdio do descendente/cônjuge donatário (art. 2114.º/2 do CCP), que será tratado em capítulo próprio.

No direito brasileiro, ante a similitude que guardam as definições e aplicabilidade geral da colação e da imputação, bem como pela inexistência de regra expressa e detalhada que preveja a solução a esta situação – doação dispensada de colação, excedendo a quota disponível – parece resolver esta celeuma a mesma explicação trazida acima, com a singela adaptação de dispensa de colação do cônjuge neste ordenamento.

Considerando que a interpretação das normas do CCB consubstancia a submissão do viúvo à colação, conjuntamente com os descendentes, há de se pautar a sua conclusão pela possibilidade de dispensa deste instituto. De tal modo, a doação dispensada de colação, tenha ela como beneficiário descendentes ou o cônjuge sobrevivente, determinará a imputação na quota disponível, inclusive nos casos de renúncia da herança pelo herdeiro donatário, como se verá no capítulo seguinte.

O diploma civil respectivo apenas traz regra com o seguinte teor:

**Art. 2.005.** São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saíam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

*Parágrafo único.* Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.

Este regramento suscita, pois, a mesma dúvida advinda do art. 2114º do CCP, carecendo, de igual modo, de resolução ao questionamento referido supra. Resumidamente, também pelo CCB preservar-se-á a vontade do autor da sucessão, através da imputação na quota disponível e o excesso na indisponível, até onde seja possível, atendendo, ainda, a *ratio* da dispensa colatícia, o benefício de determinado herdeiro em detrimento dos demais, conjugada à complementariedade das quotas disponível e indisponível do elemento finalístico da imputação.

### 13. O REPÚDIO DA HERANÇA PELO CÔNJUGE DONATÁRIO

Questão que se coloca deveras controversa consiste no repúdio da herança pelo cônjuge beneficiado com a doação pelo *de cuius*. Isto porque, especificamente no direito português, há previsão expressa com relação aos descendentes, determinando que o repúdio da herança não elide a imputação da doação no quinhão fictício da quota legitimária que a ele seria atribuída, de forma a impedir um possível conluio entre os descendentes para prejudicar eventuais donatários.

Decorre esta sistemática do teor do art. 2114.º/2 do CCP, que expressamente determina que “se, porém, não houver lugar à colação pelo facto de o donatário repudiar a herança sem ter descendentes que o representem, a doação é imputada na quota indisponível”.

Ocorre que, não há menção à aplicação desta prescrição quando o beneficiário da doação é o cônjuge sobrevivente, transparecendo orientação em sentido diverso, mais consentânea com a imputação da liberalidade recebida pelo viúvo na quota disponível em caso de repúdio. Seria operação diferente daquela observada em razão da sua não sujeição à colação, diante da qual se mantém a imputação na quota indisponível, em virtude da sua condição de concorrente em primeira classe com descendentes e por aproveitar da igualação promovida pela colação daqueles.

Então, vejamos.

A *ratio* deste dispositivo encontra-se vinculado à ideia de não conformar prejuízo a terceiros por operação indevida dos descendentes. Exemplifique-se: A falece deixando como herdeiros B, C e D. Em vida, o autor da herança realizou duas doações, uma delas em favor de E, seu amigo, e a outra em benefício de D. Assim, aberta a sucessão de A, B e C aceitam a herança, enquanto D a repudia. Como o herdeiro não adquiriu a herança e não tem descendentes, deveria a doação ser imputada na quota disponível, o que não ocorre pela vedação expressa do art. 2114.º/2 do CCP. Se permitido fosse, a doação recebida por D preencheria parte da quota disponível e poderia criar um obstáculo ao cômputo da liberalidade a ser recebida por E, quiçá toda ela, além de favorecer B e C com o acrescer que se perpetraria em favor daqueles, pelo repúdio da legítima subjetiva de D. Este seria o conluio que os descendentes poderiam engendrar para afastar ou reduzir a participação de terceiros na sucessão do seu ascendente.

Sendo assim, não restam dúvidas quanto à forma que se regerá a imputação da liberalidade do descendente donatário que repudia, sem deixar descendentes. Mas, o que ocorre no caso de repúdio pelo cônjuge donatário?

Em regra, se seguida a norma geral que rege a matéria, o repúdio da herança pelo cônjuge donatário o tornaria terceiro beneficiado com a doação, determinando, de logo, a imputação da liberalidade na quota disponível, como se fosse feita a qualquer sucessor não integrante da sucessão legítima. No entanto, a construção do raciocínio a ser desenvolvido para resolver esta questão é mais complexa e perpassa pelos pressupostos enunciado alhures.

Vimos no Capítulo anterior, como premissas elementares aplicáveis a esta problemática, que o cônjuge não se sujeita à colação no direito português e se submete no direito brasileiro; e, além disso, há, pela posição de legitimário em primeira classe e pela finalidade da imputação, uma efetiva sujeição à imputação das liberalidades em seu benefício na quota indisponível, que obriga o preenchimento inicial desta parcela, para em seguida socorrer-se à quota disponível, a fim de preservar a vontade do autor da herança.

A todas estas asserções, acresce-se a inexistência de previsão normativa para regular a operação e as consequências relativas ao acervo hereditário do repúdio e a imputação da doação recebida pelo cônjuge. Contudo, apesar da ausência de regramento específico para esta situação, a interpretação que melhor se adequa à situação em causa consiste na compatibilidade sistemática com os demais termos relacionados ao instituto da colação.

Ora, se o cônjuge, mesmo não estando obrigado a conferir os bens que lhe são doados, deve imputar a liberalidade prioritariamente na quota indisponível, haja vista se beneficiar da colação dos bens recebidos pelos descendentes, bem como pela paritária posição que ocupa em primeira classe com descendentes, a solução ao problema apresentado deve relevar estes preceitos.

Demais disso, a necessidade de imputar a liberalidade, recebida pelo descendente-donatário que repudia, na quota indisponível, visa evitar eventual conluio entre ele e os demais herdeiros para benefício recíproco, conseguido pela ocupação integral da quota disponível e o acrescer decorrente da recolha, pelos demais herdeiros, do quinhão repudiado ou das eventuais reduções por inoficiosidade. Será que estes mesmos fundamentos não são suficientes para determinar uma conduta análoga do viúvo quanto à imputação fictícia da doação recebida pelo cônjuge repudiante na parcela indisponível?

Parece-me, aqui, que os argumentos expostos por Ramirez (1997, p. 32) são cruciais para determinar a aplicação da solução elaborada pelo art. 2114.º/2 ao repúdio pelo cônjuge donatário. De maneira esclarecedora, o autor afirma que esta norma impede “o constrangimento da área de actuação (de maior significado no direito sucessório) do princípio da autonomia da vontade, consubstanciada na existência de uma quota disponível, verdadeiro *dominium* do autor da sucessão, onde este pode determinar os efeitos pretendidos sem limitação

de qualquer sorte. O repudiante optou por permanecer titular do direito de propriedade do bem em causa, escusando-se a restituí-lo ou a imputar o seu valor no âmbito da sua quota hereditária. Assim, evita o risco de se obrigar a tornas em benefício dos restantes herdeiros legitimários, se o valor do bem for superior ao do seu quinhão hereditário.”.

Por tudo quanto exposto, outra resposta não encontraríamos que não fosse a imputação da respectiva doação no fictício quinhão legitimário do cônjuge repudiante, preservando, assim, as demais liberalidades feitas pelo autor da herança, a serem reduzidas apenas se excederem o limite da parte disponível, que encontrar-se-ia livre, ao menos não sendo ocupada pela doação recebida pelo viúvo.

Esta solução, no entanto, não provém de uma interpretação extensiva, ou mesmo da aplicação análoga, do art. 2114.º/2 do CCP. Ao revés, deve ela ser concebida a partir dos elementos conceptuais e teleológicos da colação e da imputação, bem como dos demais preceitos e finalidades do fenómeno sucessório, ao qual não escapa a semelhança entre as posições ocupadas pelo viúvo e pelos descendentes, notadamente pela paridade a ser empreendida pelos integrantes da primeira classe de sucessíveis.

Em suma, mesmo que o repúdio da herança pelo cônjuge donatário conduz à aparente imputação da liberalidade na parte de que pode dispor o autor da sucessão, a preservação de eventuais atos de vontade, bem como a eliminação do risco de qualquer operação que intente subverter a finalidade sucessória, através do ato de repúdio do consorte supérstite, impõe que seja imputado na quota indisponível a que faria jus o viúvo.

E qual seria a chave para encontrar a saída no direito brasileiro? Seguiríamos o mesmo processo hermenêutico de construção interpretativa daquele implementado pelo ordenamento lusitano?

Como é sabido, o regramento brasileiro não apresenta norma que corresponda ao excerto normativo do art. 2114.º/2 do CCP. A isto, acrescente-se que, no direito brasileiro, o cônjuge está sujeito à colação, conforme devidamente explanado no capítulo anterior, reconhecendo, ainda, a imputação da doação recebida na quota legitimaria, em obediência aos ditamos do art. 544 daquela codificação.

Todavia, com relação à consequência do ato de recusa da herança, no CCB, mantém-se a obrigatoriedade de conferência do bem doado, por expressa previsão do art. 2.008 do CCB<sup>211</sup>. Aparentemente, pela literalidade deste prescritivo, que mantém a imposição de trazer os bens à colação ao herdeiro renunciante, a fim de verificar eventual excesso da quota

---

<sup>211</sup> **Art. 2.008.** Aquele que renunciou a herança ou dela foi excluído, deve, não obstante, conferir as doações recebidas, para o fim de repor o que exceder o disponível.

disponível, é bem possível cogitar que esta renúncia culmina na imputação do bem doado na quota disponível, traduzindo-se, na verdade, em dispensa de colação (ao contrário da própria inteligência deste artigo), sendo a conferência feita com a finalidade de apurar o referido desrespeito à legítima.

Vê-se, pois, que não se pretende uma igualação das quotas hereditárias com esta conferência, o que denotaria uma face de colação, fazendo o legislador subentender, por via negativa, que se trata de uma dispensa de colação<sup>212</sup>. O seu desiderato é outro, apenas voltado para a constatação do respeito aos limites da quota disponível. Logo, se a pretensão de conferência visa constatar a obediência ao liame da disponibilidade do autor da herança, quer o legislador dizer, mesmo que implicitamente, que será imputada a doação feita ao renunciante na parte de que poderia dispor o *de cuius*, como ocorre com um donatário qualquer (com a peculiaridade de conferência dos bens para saber se foi obedecida a parte disponível).

Diante disso, esta interpretação faz perceber que, ao contrário da sistemática lusitana, há uma dispensa de colação quando da renúncia pelo herdeiro, posto que não se preserva o elemento finalístico colatício de igualação das quotas hereditárias, o que exigiria, caso mantido, a imputação prioritária na parte indisponível. Aqui, não é possível subverter a dispensa de colação, porque o próprio diploma transparece a parcela onde deve ser imputada a doação promovida em favor do sucessor que renuncia.

Não esbarra esta hipótese na sistematicidade atinente à própria interpretação do fenômeno colatício e da imputação no direito brasileiro, pois a remissão à impositiva prescrição do art. 544 do CCB ecoa como exceção àquela regra. Ainda que se deva ponderar a limitativa disposição insculpida naquele excerto legislativo, esta dispensa de colação *por renúncia* do herdeiro impõe a imputação da liberalidade na quota de livre disposição da herança, sendo caso específico da genérica hipótese de liberalidade por conta da disponível prevista no art. 2.005 do CCB. Ambas são, por conseguinte, exceções ao imperativo preenchimento da quota indisponível, consagrado no aludido art. 544.

Do mesmo modo, ao reconhecer que a renúncia tem como um dos seus efeitos retroagir à data da abertura da sucessão, agindo como se nunca tivesse o herdeiro sido chamado a suceder, uma verdadeira inexistência da vocação sucessória, aqui também se agrega a esta fundamentação a expressa menção do *parágrafo único*, do art. 2.005, do CCB, ao impor que

---

<sup>212</sup> Se a doação é feita em favor de herdeiro necessário, e a conferência dos bens realizada apenas para saber se respeita a parte disponível, não tem finalidade colatícia, servindo para outro propósito: saber se, como doação feita a terceiro, foi respeitada a legítima.

“presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário”.

Assim sendo, porquanto já verificado que não existe diferença no tratamento dos descendentes e do cônjuge quanto à sujeição à colação (e sua conseqüente dispensa) – estando os dois submetidos ao instituto –, a solução encontrada para os casos em que a renúncia seja feita por descendente ou cônjuge donatário é única, mais precisamente a imputação da liberalidade na quota disponível do autor da herança, remetendo ao direito de acrescer a quota renunciada. Constata-se, portanto, evidente distinção entre a resolução do problema perante o CCP e a interpretação retirada do sistema brasileiro.

#### **14. O CONCURSO DO CÔNJUGE COM HERDEIROS LEGITIMÁRIOS/NECESSÁRIOS E A OPERACIONALIDADE DO DIREITO DE ACRESCEER: ESPECIFICIDADES NOS ORDENAMENTOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO**

Tanto no sistema português, como no ordenamento jurídico-sucesório brasileiro, o direito de acrescer pode se operar na sucessão legítima ou na testamentária. Entretanto, pelo recorte epistemológico empreendido no presente estudo, que visa uma abordagem centrada na sucessão legitimária, cuidaremos deste instituto frente às circunstâncias do regramento pertinente.

Neste particular, a solução a partir da previsão do direito português se perfaz bem mais simples e tranquila. As normas que autorizam e esclarecem o direito de acrescer no CCP, nos tipos de sucessão aplicáveis, apresentam-se claras e compreensíveis quanto ao seu conteúdo e definição, demandando esforço interpretativo elementar para abstrair o seu real espírito.

Todavia, o sistema português demonstra melhor descrição e minúcia quando trata da aplicação do instituto na sucessão testamentária, não subsumindo deste particularismo a sua restrição a este tipo sucessório. Portanto, não obstante a previsão normativa relativa à sucessão legal no CCP, mister empregar subsidiariamente os termos do direito de acrescer da sucessão testamentária, quando ausente específica disposição para a hipótese relacionada à sucessão legítima<sup>213</sup>, guardadas as peculiaridades de cada título de vocação.

No que concerne à sucessão legitimária, o regramento presente no diploma português encontra-se delineado pelos arts. 2137.º/2, 2143.º e 2157.º. Lógico que, além destes, ainda devem ser observadas as normas gerais da sucessão legal, na medida em que devem ser compatibilizadas numa interpretação sistemática do instituto em causa, evitando conflitos internos das regras do próprio CCP.

Com relação ao vínculo do cônjuge com o direito de acrescer<sup>214</sup>, podemos elencar as seguintes situações, nas quais encontra-se envolvido o tema em causa: i) concorrência do cônjuge com descendentes – i.1) repúdio ou impossibilidade de aceitar por todos os

---

<sup>213</sup> Neste sentido, Pamplona Corte-Real (2012, 150) também defende a aplicabilidade subsidiária do regramento do acrescer da sucessão testamentária na sucessão legítima: “[...] enquanto nos arts. 2301.º ss., se regula com certa minúcia o regime do direito de acrescer, já o mesmo não sucede no âmbito da sucessão legal, o que se pode explicar, parece, não obstante a generalidade da aplicação do instituto, pela especial riqueza e particularismos do conteúdo da designação testamentária. Seriam, por isso, aplicáveis subsidiariamente ao funcionamento do acrescer na sucessão legal as regras enunciadas para a sucessão testamentária, se e na medida em que o possam ser.”

<sup>214</sup> Digna de nota é a referência feita por Gonçalves de Proença (2009, p. 222) ao reportar que “o direito de acrescer funciona oficiosamente (por força da lei) sem necessidade de aceitação do beneficiário, o qual não pode repudiar separadamente a parte acrescida[...]”.

descendentes; i.2) repúdio ou impossibilidade de aceitar por algum(ns) dos descendentes (quando existentes menos ou mais de três); ii) concurso de cônjuge com ascendentes – ii.1) subsistindo ascendente; ii.2) não remanescendo ascendentes.

*i) concorrência do cônjuge com descendentes*

i.1) repúdio ou impossibilidade de aceitar por todos os descendentes;

Haja vista a presença do cônjuge nas duas primeiras classes de sucessíveis e ainda a expressa disposição do art. 2133.º/2, que preestabelece o viúvo como componente da primeira classe<sup>215</sup>, transportando-o para a segunda somente na ausência de descendentes, não haveria como visualizar outra resposta que não fosse o acréscimo do seu quinhão com o repúdio da herança ou impossibilidade de aceitar pelos descendentes (*a contrario sensu* do teor conjugado dos arts. 2137.º/2, 2143.º e 2157.º).

A situação *sub oculi* não preconiza uma ausência prévia ao chamamento dos descendentes<sup>216</sup>, que demandaria a vocação da classe subsequente, onde concorreria o cônjuge com ascendentes. Fala-se em repúdio ou impossibilidade de aceitar a herança, circunstâncias posteriores à vocação sucessória, que determinam a permanência daquele quinhão na classe de sucessíveis onde ainda existam coerdeiros, não requisitando a vocação da subsequente<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Em discordância com a qualificação do componente como integrante da primeira classe, afirma Oliveira Ascensão (2000, p. 335): “Pelo art. 2133 ele figura em duas classes, mas a sua participação é eventual: se não houver cônjuge, a primeira classe é constituída só pelos descendentes, a segunda só pelos ascendentes. Mas a verdade é que, se não houver ascendentes nem descendentes, não se pode dizer que o cônjuge integra a 1ª classe sucessória – a pertença à 1ª classe não pode estar condicionada ao facto de não haver ascendentes, que integram a 2ª classe.”. *Data vénia* do entendimento apresentado, ousamos compreender de modo diverso, ao conceber a possibilidade de integrar as duas classes, pois a condicionante dos ascendentes também pode ser verificada em relação aos descendentes, cuja previsão do próprio art. 2141.º determina a sucessão do cônjuge na falta de dependentes. Resta ainda verificar que, sob o entendimento do ilustre Professor, o cônjuge não integraria nenhuma das duas classes, não permitindo identificar em qual estaria inserto, ou mesmo sermos forçados a criar uma fictícia e intermediária classe entre a segunda e a terceira, considerando que somente podem servir como componentes os sucessores que se apresentam isoladamente.

<sup>216</sup> Para Duarte Pinheiro (2011, p. 302), assim como entendemos, “a repartição na classe de cônjuge e ascendentes (dois terços para aquele, um terço para estes) apenas se faria no caso de pré-morte dos dois filhos, que não é pressuposto do crescer na sucessão legal.”. Também se alinha a este entendimento Carvalho Fernandes (1999, p. 334), considerando que, em relação ao direito de crescer, “importa recordar que na falta de qualquer dos chamados, seja o cônjuge ou algum dos filhos, o crescer funciona quanto aos restantes.”.

<sup>217</sup> Compartilha deste entendimento Capelo de Sousa (2006, pp. 1317-1318): “Por sua vez, o cônjuge sobrevivente goza do direito de crescer, na nova redacção do art. 2137.º, n.º 2, quando é chamado à herança legítima ou legitimária simultaneamente com descendentes e algum ou alguns, mas não todos, dos descendentes chamados, qualquer que seja o seu número, não possam ou não queiram aceitar a herança.”. Este é o resultado construído, também, por Galvão Telles (2004, p. 22): “Se, porém, apenas algum ou alguns dos chamados não podem ou não querem aceitar, a sua parte acresce à dos sucessíveis da mesma classe que com eles concorrerem à herança.”. Conclui, concordando, Duarte Pinheiro (2011, p. 302): “No âmbito da vocação legal, se o cônjuge concorrer com descendentes e nenhum puder ou quiser aceitar, o cônjuge recebe a totalidade do que lhes caberia, por direito de crescer.”.

Neste caso, considerando o repúdio ou impossibilidade de aceitar por todos os descendentes, apenas remanescerá na primeira classe o cônjuge sobrevivivo. Assim, aplicando-se a sistemática do art. 2137.º/2 do CCP (e pela inexistência de norma semelhante ao art. 2143.º), e diante da preexistência da vocação hereditária dos demais componentes desta classe e o respectivo repúdio (ou impossibilidade de aceitar), obstáculos suficientes para evitar o chamamento da classe seguinte, serão os quinhões acrescidos à quota do viúvo. Observe-se que é possível, nesta hipótese, o recebimento pelo cônjuge sobrevivivo da integralidade do acervo hereditário, caso inexistam liberalidades em vida ou por morte.

i.2) repúdio ou impossibilidade de aceitar por algum(ns) dos descendentes (quando existentes menos ou mais de três);

Trata-se, aqui, da relação da hipótese anterior com a manutenção de alguns descendentes na primeira classe, conjuntamente com o viúvo, a saber da possibilidade de eventual modificação do método empregado acima.

Aqui, de igual modo, empregar-se-á o referido art. 2137.º/2, pelo teor esclarecedor que guarda com estes tipos de situações. Sendo assim, o(s) quinhão(ões) acrescerá(ão) ao monte-mor e será(ão) partilhado(s) entre o cônjuge sobrevivivo e os demais descendentes, porquanto compartilharem da mesma classe que o(s) repudiante(s). Porém, outra questão deve ser levantada: como se dará esta “nova” partilha, igualmente ou proporcionalmente às respectivas quotas?

Este questionamento interessa, principalmente, quando confrontado com a reserva da quota legítima mínima. Se o número de descendentes em concurso com o cônjuge não demandar a reserva da quota mínima, a distribuição será igualitária entre eles, respeitando a disposição da *primeira parte* do art. 2139.º do CCP.

Por outro lado, se existentes três descendentes ou mais, determinando a aplicação da *segunda parte* do art. 2139.º do CCP, e um ou alguns deles repudiam (ou não puderem aceitar) o seu quinhão hereditário, deve-se perquirir acerca da forma como irá crescer às quotas de cada um dos remanescentes, cônjuge e descendentes.

Como referido, admite-se a aplicação subsidiária das normas do crescer aplicáveis à sucessão testamentária, sendo certo que o art. 2301.º/2 determinaria a partilha “respeitando-se a proporção entre eles”. Contudo, não é o que acontece neste caso.

A solução para esta questão advém do alcance do real espírito do art. 2139.º do CCP, quando determina a aludida reserva em benefício do cônjuge sobrevivivo. Este dispositivo

não pretende estabelecer uma discriminação entre as quotas do viúvo e dos descendentes, preservando um caráter protetivo, no intuito de garantir ao consorte uma parcela mínima. Sendo assim, já garantido este *quantum* com a virtual distribuição inicial, quando ainda não se contabilizou o crescer pelo repúdio ou impossibilidade de aceitar, não há razão que justifique nova desigualdade com a partilha do quinhão acrescido<sup>218</sup>. Portanto, o quinhão que irá crescer às quotas dos remanescentes na classe deverá ser igualitariamente partilhado, seguindo-se pois a regra geral de paridade<sup>219</sup>.

*ii) concurso de cônjuge com ascendentes*

ii.1) subsistindo ascendente;

A situação aqui parece ser mais facilmente resolvida, tendo em vista a existência de norma específica aplicável a esta hipótese. Expressamente dispõe o art. 2143.º: “Se algum ou alguns dos ascendentes não puderem ou não quiserem aceitar, no caso previsto no nº 1 do artigo anterior, a sua parte cresce à dos outros ascendentes que concorram à sucessão; se estes não existirem, crescerá à do cônjuge sobrevivente”.

Por um método interpretativo exclusivamente subsuntivo alcança-se a solução ao eventual repúdio (ou impossibilidade de aceitar) de algum ou alguns dos ascendentes. O respectivo quinhão a ser acrescido será, portanto, destinado aos demais ascendentes, repartido igualitariamente entre eles, em razão da semelhança do grau que ocupam. Ao cônjuge não caberá participar, aqui, do direito de crescer, por expressa vedação legal, pois consideramos ainda a subsistência de ascendentes<sup>220</sup>.

<sup>218</sup> Diverge deste entendimento Ferreira-Pinto (2013, p. 143), ao preclarar que: “Se quem não quis ou não pôde aceitar foi um descendente, que por sua vez também não tem descendentes e, por isso, não funciona o direito de representação, a parte deste pode vir a ser dividida por cabeça ou em partes iguais, na hipótese de haver menos de quatro descendentes, pelo cônjuge e pelos descendentes restantes e, na hipótese de haver mais de três descendentes, proporcionalmente, entre o cônjuge que receberá um quarto dessa parte e os restantes descendentes que receberão partes iguais, atento o nº 1, do artigo 2.139.º do Código Civil.”.

<sup>219</sup> Concordamos, neste particular, com o entendimento construído por Pamplona Corte-Real (2012, p. 152): “[...] podem suscitar-se dúvidas quando concorram cônjuge e mais de três filhos, se um dos filhos não puder ou não quiser aceitar. Dada a diversidade do montante das quotas, pôs-se a questão de saber se seria de respeitar a proporção das quotas (cf. art.º 2301.º, n.º2) no crescer. Em rigor parece que não. E isto porque o sentido do art.º 2139.º não é o de criar um regime discriminatório, no campo sucessório, para o cônjuge e os filhos (descendentes). A regra será até a paridade ou igualdade de situações (art.º 2139.º, n.º 1, primeira parte), tendo apenas o legislador procurado assegurar ao cônjuge um limite mínimo de uma quarta parte da herança deferida ‘legalmente’. Garantido esse mínimo, a regra geral da paridade ou igualdade de situações iria a sobrepor-se e justificaria, crê-se, um crescer por cabeça na quota do que não pôde ou não quis aceitar.”.

<sup>220</sup> Como bem salienta Oliveira Ascensão (2000, pp. 209-210): “O cônjuge também goza do direito de crescer quando concorre na 2.ª classe sucessória, nos termos expressos do art. 2143. Mas aí cria-se uma situação anómala. Concorrendo vários ascendentes e o cônjuge, se um daqueles falta o crescer dá-se primeiramente em benefício dos ascendentes restantes; só se não houver mais nenhum o cônjuge é beneficiado.”.

ii.2) não remanescendo ascendentes;

Põe-se aqui em evidência questão de fácil resolução. A nosso ver, havendo o repúdio ou não podendo aceitar o(s) ascendente(s) de grau mais próximo, de forma que reste apenas o cônjuge em segunda classe, não há que perscrutar a existência de outros de grau mais remoto, recolhendo o viúvo a totalidade deste acervo, que acrescerá ao seu quinhão. Este entendimento é sufragado, ainda, por Oliveira Ascensão (2000, p.210), ao considerar, da mesma forma, que “se houver ascendentes de grau mais remoto estes não serão chamados; são afastados pela regra de preferência de grau. O funcionamento do crescer, aqui, é um jogo de acaso.”.

Mister assinalar, também, que o próprio art. 2143.º é manifestamente claro neste sentido, pois consagra na segunda parte do seu texto, se referindo aos ascendentes, que “se estes não existirem, acrescerá à do cônjuge sobrevivivo”.

Ocorre que, por maior que seja a clareza do referido prescritivo, cogita-se a construção de pensamento diverso, defendendo-se a recolha da totalidade pelo cônjuge apenas quando não mais restarem ascendentes de qualquer grau. Este é o entendimento capitaneado por Pires de Lima e Antunes Varela (2010, p. 239), afirmando a este respeito que “simplesmente, como da disposição imediata (art. 2144.º) se depreende, em termos inequívocos, que o cônjuge sobrevivivo só é chamado à *totalidade* da herança, quando faltem de todo em todo descendentes e ascendentes do *de cuius*, a solução mais conforme com o espírito da lei na hipótese formulada (de repúdio da herança por parte do pai do *de cuius*) é a do chamamento dos avós, parentes em 2.º grau, em obediência ao mesmo princípio da proximidade do grau, repartindo entre os quatro a terça parte que pertencia ao repudiante”.

Data vênia, no posicionamento acima referido percebe-se verdadeira confusão entre o direito de crescer e a sucessão a título universal do cônjuge. No direito de crescer existe a especificidade da preexistente vocação dos sucessores que não podem ou não querem aceitar, sendo deferido o respectivo quinhão àqueles que permanecem na mesma classe, o que não ocorre na hipótese utilizada como fundamento pelos autores portugueses.

Além disso, há de ser respeitada a regra da preferência de grau, presente nos dois sistemas em apreço, constatada até o momento da vocação sucessória, não cabendo novo chamamento, de grau mais distante, enquanto não esvaziada determinada classe. Estaríamos, aqui, diante de evidente direito de representação na linha ascendente, o que fere os próprios termos do fenômeno sucessório em causa e a essência daquele instituto.

Vejam, então, as soluções apresentadas pelo direito brasileiro para as hipóteses supramencionadas, relativas ao direito de acrescer no concurso do cônjuge com herdeiros legitimários.

Com efeito, semelhantes soluções àquelas explanadas acima encontram conforto no CCB, pois a previsão do seu art. 1.829, a hierarquia sucessória do cônjuge e a inteligência do art. 1.810 fomentam esta proximidade<sup>221</sup>.

O CCB também possui previsão semelhante à do art. 2137.º/2 do CCP, preestabelecendo no seu art. 1.810<sup>222</sup> a devolução fictícia ao monte-mor, com o posterior acréscimo à quota dos demais herdeiros integrantes da mesma classe, ou, se inexistente estes, aos sucessores da classe subsequente<sup>223</sup>.

Como consequência imediata, por composição sistemática do ordenamento, o acréscimo decorrente da renúncia do único ou de todos os descendentes (hipótese i.1) deve ser realizado no quinhão do cônjuge, porquanto integrante da mesma classe de sucessíveis, somente podendo prosseguir aos subsequentes na ordem de vocação com o esvaziamento da posição presente. Vemos, neste ponto, a relevância da preexistente vocação dos descendentes, pois, caso contrário, estávamos diante da ausência de descendentes, promovendo o chamamento dos membros da classe seguinte.

Ressalte-se, neste sentido, que a virada paradigmática na posição sucessória do cônjuge, incluindo-o como concorrente nas duas primeiras classes, não desautoriza a possibilidade de considera-lo herdeiro de primeira classe, assim como os descendentes<sup>224</sup>, cumulando, como visto, as participações sucessórias de concorrente (1ª e 2ª classes) e exclusivo (3ª classe).

Justamente por este fundamento, deve ser o acervo do renunciante objeto de devolução fictícia para, posteriormente, ser acrescido à quota do cônjuge, cuja presença inibe o

---

<sup>221</sup> Na explicação de Pamplona Corte-Real (2012, p. 254): “Assim, o acrescer opera dentro de cada título de vocação sucessória. Tal decorre do art. 2301.º, que se reporta ao acrescer entre herdeiros instituídos [...]”. Para Galvão Telles (2004, p. 19), a posição do cônjuge é clara quando comparada com a redação inicial do Código Civil português: “Na primeira dessas redações o *cônjuge* ocupava o *quarto lugar*; na segundo subiu para *primeiro lugar*, em concurso com os descendentes, e para *segundo lugar*, em concurso com os ascendentes.”

<sup>222</sup> Art. 1.810. Na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente.

<sup>223</sup> Ao listar os efeitos decorrentes da renúncia, Chaves de Farias (2007, p. 57) elenca a hipótese do acrescer à mesma classe ou vocação da classe subsequente se esgotados os sucessíveis da classe do(s) renunciante(s): “[...] b) o quinhão do renunciante é transmitido aos demais herdeiros que compuserem a mesma classe (não ocorrendo o direito de representação, típico da indignidade, da deserção e da pré-morte). Se não existirem herdeiros na mesma classe, serão chamados os herdeiros da classe subsequente.[...]”

<sup>224</sup> Consectário deste entendimento Oliveira Leite (2003, p. 215), pois considera que o Código Civil de 2002 operou uma modificação na ordem de vocação hereditária, passando o cônjuge da terceira para as duas primeiras classes de sucessíveis.

chamamento dos ascendentes<sup>225</sup>. Por não ser hipótese de inexistência de descendentes, que desenharia a situação do inciso II, do art. 1.829 do CCB, aplica-se integralmente o teor do art. 1.810.

Ainda apresentado solução idêntica ao direito lusitano, também irá o CCB demonstrar igual resposta no caso de remanescer cônjuge com três ou mais descendentes. Tendo em vista a disposição do art. 1832, *segunda parte*, do CCB, equiparada à aludida previsão do art. 2139.º do CCP, entende-se que já foi salvaguardado o mínimo suficiente ao cônjuge, promovendo a “nova” partilha de forma igualitária entre os herdeiros remanescentes, utilizando-se dos métodos gerais de distribuição, realizando a divisão por cabeça entre herdeiros de mesma classe (art. 1832, *primeira parte*, do CCB).

Quanto aos ascendentes (ii.1 e ii.2), por não possuir norma que se assemelhe àquela do art. 2143.º do CCP (não há hipótese de acrescer em favor apenas dos ascendentes como no direito português), aplicar-se-á no direito brasileiro o regramento geral do art. 1.810 do CCB, determinando o recolhimento do quinhão a ser acrescido pelo monte-mor e realizada a partilha entre os sucessores de determinada classe que ainda existam. Assim, concorrendo cônjuge com ascendentes, independente da participação isolada do viúvo ou a existência de ascendente(s), o mecanismo será o mesmo, a regra geral do direito de acrescer no concurso entre legitimários.

---

<sup>225</sup> Em sentido diverso se posiciona Berenice Dias (2013, p. 179): “Não havendo descendentes, tendo todos renunciado ou sido excluídos por indignidade ou deserção, são convocados a suceder os ascendentes, cabendo redefinir o valor da quota sucessória do cônjuge. O cônjuge só sucede sozinho se não houver ascendentes.”.

## CONCLUSÕES

A minuciosa análise dos questionamentos enunciados no curso deste estudo, ingressando pelas problemáticas suscetíveis a respeito da *situação jurídico-sucessória do cônjuge no caso de concurso com herdeiros legitimário/necessários* nos conduziram a este momento conclusivo. Não obstante a certeza quanto ao vasto campo que compreende a temática em causa, o esforço hermenêutico empreendido ao longo desta dialética estabelecida no âmbito sucessório alcança a maturidade de algumas respostas para as questões atinentes ao tema central ora examinado, diante de uma perspectiva luso-brasileira da sua abordagem.

A *priori*, reconhecem-se as premissas metodológicas que embasam uma perspectiva dual para o tratamento dos problemas que envolvem a concorrência sucessória do viúvo com legitimários, a fim de amparar a sua previsão pelos sistemas jurídicos brasileiro e português. O método empregado para a construção das soluções projetadas foi a comparabilidade, estabelecida notadamente em função do tempo, da natureza e do conteúdo dos termos eleitos para a atividade desenvolvida.

Mais especificamente, a conjunção dos ordenamentos em apreço observou a microcomparação, subentendida na sua essência como a efetiva busca por soluções de problemas jurídicos particulares em poucos tipos de ordenamentos jurídicos, tendo como epicentro um dado instituto jurídico, neste caso, o concurso do cônjuge sobrevivente com legitimários. Ademais, assenta-se a construção do raciocínio ora elaborado nas “cautelais fundamentais da pesquisa juscomparatista”, assente nos seus preceitos de “intimização”, “sensibilidade” e “adequação” dos institutos jurídicos porventura importados de um sistema para o outro.

De tal modo, verifica-se a extrema necessidade de serem as soluções perseguidas através de dois cânones estruturantes da aplicabilidade conjunta dos aludidos sistemas, podendo seguir um destes caminhos quando apresentada a questão diante da presente perspectiva dual: i) importar soluções de um dos sistemas jurídico-sucessórios e aplicá-lo ao outro, por considerá-lo mais adequado, moldando-as através de adaptações interpretativas (quando necessário), com respeito aos limites estabelecidos pela objetividade normativa (obediência à norma escrita); ii) construção de uma solução inédita, em virtude das inadequações dos dois ordenamentos para responder a determinada situação jurídica, quando analisados diante da *ratio* legislativa, da sistematicidade das regras e dos princípios que orientam o fenômeno sucessório.

Sobre estas bases foram construídas as ideias da presente exposição, interligando-as pela lógica comum da essência dos institutos apresentados, assim como pela

finalidade a que se propõem, dissolvendo as inquietações relativas à esta seara do fenômeno jurídico-sucessório. Através deles, permitiu-se revisitar conceitos e situá-los diante do CCP e do CCB, além de imiscuir-nos nas controvérsias relativas aos temas centrais e que tangenciam a matéria, que permanecem em constante ebulição desde as codificações civilistas que antecederam as atuais.

Constatamos um fato incontestável, ao promover o exame da evolução da posição sucessória do cônjuge na sucessão legitimária, e mais precisamente quanto à sua novel situação de herdeiro concorrente: a ordem de vocação hereditária passou por verdadeira *metamorfose* ao longo dos textos normativos precedentes. Como protagonista na sucessiva tarefa de redesenhar o formato sucessório, o cônjuge sobrevivente experimentou diversas transformações no seu estado sucessório, sendo retirado de uma posição evidentemente residual – vista nos Códigos de Seabra, de 1966 e no diploma brasileiro de 1916 –, para alcançar um posto de privilégio, no qual goza do direito de propriedade sobre parte do acervo hereditário, além de outros benefícios.

No cenário atual, o viúvo acabou por compor as três primeiras classes de sucessíveis, a partir da criação de condição inédita para os direitos sucessórios luso e brasileiro, a figura do herdeiro concorrente. Com isso, o consorte supérstite passou a compartilhar das duas primeiras classes com descendentes e ascendentes, respectivamente, e ser herdeiro a título universal na falta ou impossibilidade de aceitar daqueles. E, ante esta nova estrutura, restou a dúvida acerca da sua posição na hierarquia sucessória.

A relevância de descortinar esta celeuma é visualizada na própria ordem de vocação do viúvo, que respeita esta configuração. Mas, pela previsão exaustiva do legislador, prevendo o cônjuge em todas as classes de sucessíveis que lhe seria possível designar, não deixará ele, por razões de vocação originária e na ausência de qualquer fato anômalo, de ser chamado a suceder, quando preenchidos os requisitos da vocação hereditária (devidamente apresentados no capítulo 4).

Sendo assim, o cônjuge ocupa uma verdadeira *posição móvel* dentro da hierarquia sucessória, haja vista a sua transposição adentro das três primeiras classes, preservando, contudo, o requisito da titularidade de uma condição prevalente, específico da vocação sucessória. Outra conclusão não se chega, portanto, que não seja a presença tríplice do viúvo, posto que entendimento diverso relativizaria o próprio chamamento sucessório, ao mantê-lo na primeira classe e promover a vocação dos demais sucessores para participarem consigo, numa verdadeira mitigação da regra geral da preferência de classes.

O cônjuge, deste modo, ocupa as três classes de sucessíveis na sucessão legitimária, sendo incabível falar na sua pertença a apenas uma delas, e sim particularizar os casos da sua vocação, a partir da sua condição de herdeiro concorrente ou universal. Integrará a primeira classe quando cumular os pressupostos da condição de herdeiro concorrente e existência de descendentes; será de segunda classe, atuando como sucessor concorrente, desde que em concurso com ascendentes; ao ser chamado à sucessão a título universal, na falta de descendentes e ascendentes, identificar-se-á como herdeiro de terceira classe.

Quanto à presença em primeira classe, o ordenamento jurídico brasileiro traz a peculiaridade, no seu art. 1.829, I, do CCB, de associar a participação sucessória do cônjuge sobrevivente a determinados regimes de bens, orientação não apresentada pelo CCP, que prefere atribuir ao viúvo a condição de herdeiro, independente do regime patrimonial de bens escolhido pelos nubentes. Esta previsão normativa faz surgir, por consequência a necessidade de analisar a natureza jurídica do estatuto patrimonial do casamento sob a ótica dos dois sistemas jurídicos. De logo, adianta-se que este regramento é responsável por uma visão diferenciada acerca da caracterização do regime de bens.

Pela disposição normativa guardada pela lei portuguesa, especificamente no art. 2133.º/1 do CCP, onde não depende a vocação do cônjuge do regime de bens, a natureza jurídica deste instituto perante estas normas preserva a sua aceção originária, consistente na sua eficácia apenas *inter vivos*, pois seus efeitos cessam no exato momento do término do vínculo conjugal, que neste caso se perpetrará com a morte.

Diante da norma do direito brasileiro, houve a criação de uma natureza *inter vivos*, com a projeção de efeitos para além da vida de um dos cônjuges. Consequentemente, com a morte de um dos cônjuges, a abertura da sucessão coincidirá com a dissolução do vínculo conjugal, ao passo que os efeitos do regime de bens tenderão a ser prorrogados para o domínio do Direito Sucessório, dando indícios, desde logo, da sua natureza *inter vivos* com eficácia *post mortem*.

Neste modelo, subverte-se a vigência natural do estatuto patrimonial de bens, não se fixando definitivamente como seu termo eficaz a diluição do vínculo. Vê-se, pois, que uma interpretação sistemática conclui pela existência de normas que determinem o seguimento da produção dos seus efeitos após o curso do casamento, além de encontrarmos nas normas sucessórias entraves à definitiva extinção da eficácia, haja vista que exigível a sua análise, no Brasil, para o chamamento sucessório.

Há de se concluir, deste modo, que a dissolução da união não irá encerrar o vínculo em seus aspectos pessoal e patrimonial, mas apenas servir para indicar término do

primeiro, enquanto o segundo critério se arrastará até a vocação (ou não) do cônjuge supérstite. Aquele será o momento que definirá a separação, pelo aspecto patrimonial, das posições de meeiro e herdeiro do viúvo. Será, porém, tardio este instante, pois permissível da confusão destas duas posições na sua base, trazendo para o âmbito sucessório efeitos que não lhe competem, a exemplo do cômputo da meação do cônjuge sobrevivente como componente da herança.

De tal modo, diz-se que em *terra brasilis* o regime de bens regulamenta a relação conjugal, enquanto existente, influenciando, ainda, a vocação do viúvo, a sucessão de terceiros (p. Ex. reserva mínima da quarta parte), pela sua característica de projeção dos seus efeitos para além da extinção da sociedade conjugal, após a morte.

Neste particular, o ordenamento brasileiro acaba criando o que convencionamos denominar de “compensação autolimitativa das posições jurídicas” ocupadas pelo cônjuge sobrevivente. Define-se esta como um método aritmético de equiparação das quotas patrimoniais recebidas pelo cônjuge e descendentes, utilizando-se de um elemento externo à sucessão para reduzir as disparidades patrimoniais porventura constatadas, rechaçando a possibilidade do cônjuge de cumular a sua meação e eventual quota hereditária, por não admitir a atribuição de parcela possivelmente superior ao viúvo.

Compreende-se esta sistemática pela máxima que rege o CCB, *onde se herda, não meia*, e onde *se meia, não herda*. Para sustentar esta orientação, o legislador parte da equivocada premissa de composição da herança pela soma da totalidade do patrimônio comum dos cônjuges (não só do falecido) e o particular do falecido, onde a meação já seria entendida como suficiente para o consorte supérstite.

Acrescente-se a isto, a tentativa do legislador brasileiro de, forçadamente, criar operação análoga à *imputação em Direito das Sucessões*. Para tanto, o patrimônio partilhável e tido em sua totalidade, incluindo a meação do cônjuge sobrevivente, resultando na formação da quota do viúvo pela junção desta parte-meia com o seu virtual quinhão hereditário. Diante desta imagem, o legislador enxergou como demasiado o patrimônio destinado ao viúvo, quando confrontado com os quinhões dos demais herdeiros.

Por conseguinte, a vista de eliminar este suposto desequilíbrio, considerou que, com a ocupação fictícia pelo viúvo da metade do patrimônio comum, afastar-se-ia sua vocação hereditária, pois o acréscimo do quinhão hereditário faria ultrapassar o limite imaginado pelo legislador (provavelmente a metade de todo o monte partilhável). De modo reverso, caso não existisse meação, seria concedido ao viúvo o seu quinhão, a fim de preencher a sua “quota”. Justamente por este motivo, assente na sobreposição das condições de meeiro e herdeiro,

caracteriza-se esta operação como autolimitativa, aproximando-a estruturalmente da imputação.

Imbuído deste ideal, o legislador brasileiro excluiu da participação sucessória os casados com o *de cujus* apenas por alguns regimes de bens. Expressamente, o CCB, no seu art. 1.829, I, que trata da concorrência do viúvo com descendentes, retirou da sucessão do seu ex-cônjuge aqueles que tivessem a relação conjugal regida pela comunhão universal, separação obrigatória e comunhão parcial de bens, este último se o autor da herança não houver deixado bens particulares. Especificamente, algumas controvérsias foram suscitadas no âmbito de cada um destes regimes patrimoniais de bens.

No que pertine ao regime da comunhão parcial, critica-se esta opção legislativa, nomeadamente porque a sugerida comunicabilidade integral do patrimônio dos cônjuges não ocorre estritamente, uma vez que mesmo este regime de bens comporta exclusões, possibilitando a existência de bens particulares dos consortes. Em consequência disso, pode ser que no simultâneo momento da extinção do vínculo conjugal e da abertura da sucessão não haja qualquer acervo comum, sendo todo ele exclusivo do falecido.

Como resultado, aquele que tendencialmente tem maior participação na formação e preservação do patrimônio deixado pelo autor da herança, que dividia os momentos mais íntimos da sua vida, pode vir a não receber qualquer parcela que seja do acervo hereditário, já que não lhe cabe a meação, ficando totalmente desamparado. Evidencia-se, pois, a evidente falha desta construção normativa, neste particular, posto que trouxe para a visão abstrata da norma aspectos que o fenómeno sucessório contraria em seu próprio texto corporificado, através dos casos de incomunicabilidade no regime ora analisado, duplamente configurado com a exclusão sucessória pelo regime de bens.

Com relação à separação obrigatória/convencional de bens, concluímos pela total incompatibilidade da Sumula nº 377 do STF, e faríamos da mesma forma desde o seu surgimento, por não atender próprios anseios do regime-tipo ora em comento. Assim sendo, resta evidente que ela não foi recepcionada pelo CCB de 2002, restando, portanto, superada, não sendo admissível a comunicabilidade a que se refere.

Ainda quanto a este regime de bens, mister reconhecer que não se deve limitar onde o legislador não fez, pretendendo interpretar extensivamente para permitir a participação indiscriminada, de todos aqueles casados sob o regime da separação de bens, seja ela convencional ou obrigatório.

O fundamento que determina a vocação sucessória do cônjuge casado pela separação convencional (admitida aqui a construção normativa brasileira) não é a ausência de

meação. As linhas explicativas deste estudo são suficientes para determinar que a eleição de um modelo onde impera a livre administração não indica um interesse em privar o cônjuge da vocação hereditária.

Apesar de discordarmos de qualquer tutela limitativa da vocação sucessória do viúvo, nos filiando à diretriz lusitana expressa no art. 2133º do CCP, analisa-se, ainda, a presença da separação obrigatória de bens no art. 1.829, I, do CCB.

Quanto a este modo de separação de bens, pelo caráter protetivo/sancionatório da imposição deste regime, admitir a comunicação do patrimônio pelo próprio ordenamento ecoa, ao menos, anti-sistemático. Isto porque, se há previsão no corpo do Diploma Civil de imperativa determinação do regime da separação de bens caso presente uma das hipóteses listadas pelo próprio texto, as suas razões determinantes não devem terminar com a morte de um dos cônjuges.

Diante da concepção da natureza *inter vivos* com projeção dos feitos *post mortem*, esta disposição normativa está em conformidade com a aplicabilidade do art. 1.641 do CCB. Aliás, somente assim é possível preservar as acepções protetiva e sancionatória que advém desta prescrição. Por razões lógicas, predeterminar a comunicação dos bens, após a abertura da sucessão, traria fragilidade à cogente disposição de aplicação da separação de bens, tornando o prescritivo inócuo.

Destarte, ainda que defendamos a total dissociação entre o regime de bens e a vocação sucessória, neste caso específico, partindo da premissa de respeito aos limites da norma posta, vislumbra-se um resquício de lucidez legislativa, pois visa preservar a própria consistência interna do Diploma civilista.

Por isso, não obstante defendermos a composição de imagem semelhante ao CCP, a preservar, inclusive, a não inclusão da separação convencional dentre os regimes elencados pelo legislador brasileiro, admitiríamos como devida, apenas, a exclusão pelos nubentes submetidos à separação obrigatória, mantendo fora a sua forma voluntária. Entretanto, se aplicada a sistemática lusitana, resolvidas estariam não apenas esta, mas todas as questões que envolvem a exclusão sucessória do viúvo pelo regime de bens.

Controvertida se mostrou, ainda, a questão do regime da comunhão parcial de bens. Quanto a esta, concluímos pela sua presença, apenas, quando existente condição necessária, qual seja, “se houver o falecido deixado bens particulares”. Pela expressa referência ao acervo particular e o caráter indivisível da herança, quando chamado a suceder o cônjuge, nestes casos, herdará sobre a totalidade dos bens deixados pelo autor da herança, formado pelo acréscimo da meação aos bens exclusivos do hereditando.

Novamente, ratificamos o manifesto desagradado quanto ao teor do multicitado dispositivo, que deveria corresponder ao art. 2133.º do CCP, mas que, pela inovação legislativa, acabou gerando incoerências, também, na interpretação da situação do viúvo casado sob o regime da comunhão parcial. O equívoco legislativo conduziu, como visto, a posicionamentos externados que desconsideram o limite da norma concreta, bem como os preceitos básicos do fenômeno sucessórios, celeuma que não subsistiria se obedecido o rigor técnico de codificação que, inclusive, influenciou a sua redação.

Ainda sobre os regimes de bens e a exclusão sucessória do cônjuge sobrevivente, observa-se que o legislador não fez qualquer menção aos regimes de bens atípicos, em que pese ser esta previsão autorizada pelo art. 1.639 do CCB.

A propósito, não é porque o intérprete tenta equipará-los a um dos modelos legalmente enunciados pela norma civilista que se admitirá eventual conclusão pela exclusão sucessória. Pelo aspecto excepcional que guarda esta construção normativa, a sua reativa aplicação exige que seja nominalmente reconhecido o regime de bens como comunhão universal, separação obrigatória de bens, ou comunhão parcial sem bens particulares, para que incida, na hipótese vertente, a norma eliminatória. Definitivamente, se constatado um regime de bens atípico, torna-se inevitável a vocação sucessória do cônjuge sobrevivente.

Ultrapassadas estas controvérsias, enveredamos pelos meandros do cálculo das quotas (in)disponíveis dos sucessíveis legitimários/necessários. A este respeito, de logo se conclui que o direito brasileiro tem uma quase nula variabilidade da legítima objetiva, sendo esta fixada, *a priori*, na metade da herança, independente do vínculo existente entre o(s) sucessor(es) e o falecido, tampouco da quantidade de sucessíveis e da proximidade do grau de parentesco, ressalvada a hipótese do art. 1.837 (concurso do cônjuge com ascendentes).

De outro modo, o CCP admite uma diversificada variação da legítima objetiva, associando-as, contudo, a parcelas fixas do acervo hereditário, mas que não se atém a metade do patrimônio em todos, ou na quase totalidade dos casos. Neste sistema, a depender da quantidade e dos títulos vocativos que se apresentam, haverá modificação na quota indisponível da herança.

Ademais, no que pertine à legítima objetiva, mister assinalar que é influenciada por diversos fatores, dentre eles os títulos de vocação, a quantidade de sucessíveis, a proximidade de graus, o fenômeno colatício (e sua dispensa), imputação, renúncia/repúdio, direito de acrescer. Este rol de elementos, por si só, já seria capaz de demonstrar a variabilidade inerente à legítima subjetiva. Entretanto, é resguardada a quota indisponível de cada herdeiro legitimário/necessário, calculada quando da abertura da sucessão, somente podendo ser

afastada por ato de vontade do próprio sucessor (repúdio/renúncia) ou por indignidade/deserdação, sendo tocada, apenas, para operacionalizar o seu preenchimento, ou ainda ser alargada pelo acréscimo decorrente das consequências dos institutos que conduzem a este avantajamento.

Não se entende suficiente, porém, a abordagem desta temática sem a correlata problematização quanto ao cálculo da legítima, tanto no Brasil, como em Portugal. A par desta problemática, adotamos posicionamento consistente na estrita observância dos termos e da sequência do art. 2162.º do CCP, utilizando para o cálculo da legítima a fórmula R+D-P (Escola de Lisboa), agindo em prol da defesa dos sucessores legitimários e em prejuízo dos demais credores do falecido. Afastamos, com isso, a tentativa de criação de um outro método (R-P+D – Escola de Coimbra), a partir da descrição legal do referido cômputo da legítima, não condizente com o verdadeiro sentido protecionista e inclusivo preconizado pelo legislador.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a solução desta celeuma não demanda maiores esforços hermenêuticos, concluindo-se, objetivamente e de modo subsuntivo, pelo incontroverso teor do art. 1.847 do Diploma Civil.

Por esta sistemática, deverão ser abatidas do *relictum* “as dívidas e as despesas do funeral”, bem como gastos com o inventário, que consubstanciam o passivo do espólio. O montante apurado será subdividido em duas metades, sendo uma a *parte disponível* e a outra a *indisponível*. A esta última acrescenta-se “o valor dos bens sujeitos a colação” (*donatum*).

Em seguida, com o escopo de imiscuir nas situações controversas existentes no seio da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, examinam-se as particularidades de cada um destas classes de sucessíveis. Iniciando pela primeira classe, destacam-se as temáticas da reserva da quota “legitimária” mínima e da dita “filiação híbrida”, ressaltando, quanto à segunda classe, além das suas peculiaridades operacionais, o curioso caso dos efeitos sucessórios da multiparentalidade.

A reserva da quota “legitimária” mínima (prevista no art. 1.832 do CCB e no art. 2131.º do CCP), lida nos ordenamentos brasileiro e lusitano como reserva da quota hereditária mínima, acaba por nos conduzir à conclusão pela suficiência da proteção do cônjuge sobrevivente com a reserva, apenas de um quarto da quota legitimária, não havendo, ainda assim, qualquer ofensa às normas determinantes da igualação dos quinhões hereditários dos sucessíveis de primeira classe.

Demais disso, por estarem os dispositivos insertos na seção que trata da sucessão legitimária, cabe até sustentar, por este motivo, a restrição do regramento à legítima. Contudo, a menção expressa do legislador à quarta-parte da “herança” não deixa dúvidas quanto à

abrangência a ser tomada. Na verdade, onde se lê “herança” deveria constar “legítima”, porém, é devido o respeito aos limites normativos, não podendo transcender aos termos não alcançáveis por uma tarefa meramente interpretativa, mas somente criativa.

Deveras intrigante é o caso da dita “filiação híbrida”, consistente na tentativa de encontrar uma solução para a reserva da supramencionada quota hereditária mínima, quando haja concorrência sucessória do viúvo com descendentes comuns, filhos do cônjuge com o falecido, e exclusivos do *de cujus*.

Conclusivamente, a par de todas as orientações apresentadas no tópico 10.2, entendemos que a existência de filho unilateral do *de cujus* desconstitui a sobredita reserva mínima, pois não há como garantir este benefício sem prejudicar os descendentes exclusivos ou afetar negativamente o quinhão dos filhos comuns, consoante demonstrado em momento oportuno.

Como melhor solução encontrada, basta preterir o limite do consorte, que não deixará de ser agraciado com quota semelhante aos descendentes, agindo em benefício destes, presumidamente hipossuficientes em relação ao cônjuge sobrevivente. Com efeito, promove-se uma partilha equitativa, por cabeça, entre cônjuges e descendentes, quando presente a filiação híbrida, sob o pálio da condição necessária de ascendência comum para a reserva da quota legitimária.

A este fundamento acrescenta-se, ainda, a interpretação gramatical da norma em apreço, onde se complementa o espírito do dispositivo que regulamenta esta situação. Pelo teor do art. 1.832 do CCB, a hipótese normativa se subdivide em duas partes: a *primeira*, que determina a atribuição de quinhão igual aos cônjuges e descendentes, quando concorrerem; e a *segunda*, preconiza a restrição à quota privilegiada de um quarto, “se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer”.

Com relação à concorrência do cônjuge com ascendentes, refere-se, de início, à varibilidade da legítima objetiva, consagrando o fato de que o legislador não atrelou a vocação sucessória ao regime de bens, como fez com os descendentes. Há, sobretudo, a particularidade de ter sido o cônjuge tratado como equivalente aos ascendentes em primeiro grau (pais do autor da herança), atribuindo a cada um deles a terça parte ou metade (se concorrerem sozinhos ou restando apenas o cônjuge e integrantes de uma das linhas) da legítima, ou da totalidade da herança, caso inexistam liberalidades em vida ou por morte, estabelecendo quota indisponível diversa da metade do patrimônio, enunciada pelo art. 1.846 do CCB.

Outrossim, levanta-se a questão dos efeitos sucessórios da multiparentalidade, antevedendo, pois, os seus reflexos diante da participação do ascendente e do viúvo. Quanto a

este instituto, resta assinalar que defendemos, em último caso, a possibilidade da aplicação limitada dos efeitos pessoais inerentes à multiparentalidade, desde que não interfiram na esfera de terceiros, admitindo-se somente aqueles declaradamente elencados para esta finalidade e com a expressa concordância de todos que serão atingidos por este reconhecimento.

Jamais devem decorrer automaticamente os impactos patrimoniais advindos desta nova relação de parentesco. Concordamos, de outro modo, com a possibilidade de imediata, automática aplicação das consequências que não venham a impactar na seara alheia, sendo exclusivamente dotada de características *inter partes*, numa posição de proteção dos laços afetivos já sedimentados, mas digno de evitar a consecução destes mecanismos com finalidade exclusivamente patrimonial, gerando evidente enriquecimento ilícito por uma via, forjadamente, legítima.

Por último, ousamos ir ainda mais fundo na *Parte III*, para perscrutar a *relevância das liberalidades em vida e por morte no cálculo da quota indisponível: diferenças relativas à quantificação e ao momento da mesma*, encerrando a estruturação tríplice da investigação que ora se promoveu.

Nesta última fase, ao iniciar pela situação do cônjuge como beneficiário da colação, de logo se costata a sua sujeição à colação do direito brasileiro, enquanto a sistemática portuguesa apenas permite que se fale em uma sujeição à imputação.

Isto porque, definitivamente, na ótica da norma brasileira, mesmo ausente a referência ao viúvo no dispositivo que impõe a obrigação de colacionar, art. 2.002 do CCB, pela conjugação com os demais termos do CCB (nomeadamente os arts. 2.003 e 544), está o cônjuge sujeito à colação, devendo trazer à conferência os bens recebidos do falecido em vida, a fim de igualar os quinhões hereditários.

De outro lado, o ordenamento luso, não prevendo o cônjuge no art. 2104.º do cCP, faz transparecer uma imagem diversa do real contorno da sua essência. Guia-se, neste ponto, pela diferenciação dos institutos da colação e da imputação, tendo-os como elementos substanciais para a construção da resolução desta controvérsia.

De fato, o cônjuge não se sujeitar à colação não conduz à ocupação prioritária da quota disponível do autor da herança, pois deve-se ponderar, ademais, a sua especial condição de herdeiro legitimário, e ainda concorrente em primeira classe, em posição de igualdade com os descendentes, sendo certo que isto determinará a imputação das liberalidades feitas pelo *de cujus* na sua quota legitimária.

A este respeito, a conclusão que se chega, de sujeição do cônjuge à imputação, sobreleva a própria essência do instituto da imputação e das regras gerais sucessórias do CCP,

assim como provém do próprio viés negativo da conduta do legislador português, ao não prever a obrigatoriedade do cônjuge em colacionar.

De mais a mais, o tratamento dispensado à dispensa de colação, ou de imputação, guarda as singularidades de cada um dos ordenamentos. Por isso, enquanto se fala em dispensa de colação quando nos referimos aos descendentes no direito português, convém mencionar uma efetiva “dispensa de imputação” pelo cônjuge, pois ele não está sujeito à incidência do fenômeno colatício, porém, por razões lógicas e pelos fundamentos da imputação, as doações promovidas em seu benefício preencherão, *a priori*, a sua quota indisponível.

De toda forma, coincidem em termos práticos os resultados advindos da sujeição dos descendentes à colação e do cônjuge à imputação, ressalvada o peculiar caso do repúdio do descendente/cônjuge donatário (art. 2114.º/2 do CCP), abordado em capítulo próprio.

No que atine ao direito brasileiro, a solução engendrada, pautada na semelhança que guardam as definições e aplicabilidade geral da colação e da imputação naquele sistema, além da ausência de regra expressa que preveja uma solução a esta situação – doação dispensada de colação, excedendo a quota disponível –, esta resposta encontra guarida nos mesmos termos do ordenamento português, com a singela adaptação da dispensa de colação, não só dos descendentes, mas também do cônjuge neste ordenamento.

Instados, logo em seguida, a nos manifestar acerca da questão do repúdio pelo cônjuge donatário, nos deparamos com a expressa dicção do art. 2114.º/2 do CCP, que indiscutivelmente determina a imputação na quota disponível da liberalidade feita em favor dos descendentes repudiantes, buscando evitar eventual conluio deste com os demais legitimários, para anular a quota disponível com seu preenchimento e, ainda, beneficiar aqueles com o direito de crescer e a inoficiosidade das demais liberalidades, promovidas a terceiros. Urge perquirir esta solução quando quem repudia é o cônjuge donatário.

Como visto, promove-se a imputação da respectiva doação no fictício quinhão legitimário do cônjuge repudiante, preservando, assim, as demais liberalidades feitas pelo autor da herança (e, por consequência, a sua vontade), a serem reduzidas apenas se excederem o limite da parte disponível, que encontrar-se-ia livre, ao menos não sendo ocupada pela doação recebida pelo viúvo.

Ou seja, ainda que o repúdio da herança pelo cônjuge donatário tenha a aparência de imputação da liberalidade na parte de que pode dispor o autor da sucessão, a preservação de eventuais atos de vontade, bem como a eliminação do risco de qualquer operação que intente subverter a finalidade sucessória, através deste ato de repúdio, impõe que seja imputado na quota indisponível a que faria jus o viúvo, seguindo os passos de paridade com os descendentes.

Por fim, mas com a mesma relevância de todos os demais tópicos, nos propusemos a abordar a relação do concurso do cônjuge com legitimários e a operacionalidade do direito de acrescer. Por questões metodológicas, tratamos deste tema a partir de quatro situações: i) concorrência do cônjuge com descendentes – i.1) repúdio ou impossibilidade de aceitar por todos os descendentes; i.2) repúdio ou impossibilidade de aceitar por algum(ns) dos descendentes (quando existentes menos ou mais de três); ii) concurso de cônjuge com ascendentes – ii.1) subsistindo ascendente; ii.2) não remanescendo ascendentes

Na primeira, conclui-se pelo acréscimo da quota repudiada/renunciada ao quinhão do cônjuge, único remanescente na classe de sucessíveis, mas somente procedendo desta maneira pela preexistência da vocação dos descendentes, entrave suficiente para evitar o chamamento da classe seguinte.

No segundo caso, segue-se a mesma sistemática do art. 2137.º do CCP e 1.810 do CCB, questionando-se, em verdade, como se dará o acrescer aos legitimários, se respeitará eventual proporção dos quinhão hereditários ou obedecerá a norma geral de distribuição igualitária.

Como referido, não se descarta a possibilidade de socorro à subsidiariedade das normas do acrescer atinentes à sucessão testamentária, nas quais encontramos respaldo no art. 2301.º do CCP para determinar a partilha equânime entre os sucessores. Contudo, advém do alcance do real espírito do art. 2139.º do CCP, quando determina a aludida reserva em benefício do cônjuge sobrevivente.

O aludido dispositivo, que tem seu correspondente no CCB (art. 1.832), não pretende estabelecer uma discriminação entre as quotas do viúvo e dos descendentes, preservando um aspecto protetivo, no intuito de garantir ao consorte uma parcela mínima. Portanto, já garantido este *quantum* com a virtual distribuição inicial, quando ainda não se contabilizou o acrescer pelo repúdio ou impossibilidade de aceitar, não há razão que justifique nova desigualdade com a partilha do quinhão acrescido. Por consequência, o quinhão que irá acrescer às quotas dos remanescentes na classe deverá ser igualmente partilhado. Dito isto, caplica-se a mesma solução ao direito brasileiro.

Em terceiro lugar, quanto ao direito de acrescer no concurso entre o cônjuge e ascendentes, quando ainda existam ascendentes e o viúvo na segunda classe, o CCP apresenta norma ímpar, designadamente no art. 2143.º, definindo, expressamente, pela recolha do quinhão repudiado pelo(s) demais(s) ascendentes, apenas passando ao cônjuge sobrevivente na falta de todos aqueles.

De modo diverso, como o direito brasileiro não detém regra excepcional semelhante, há de se prosseguir os ditames do regramento geral (art. 1.810 do CCB), que preconiza o acréscimo ao monte-mor, com conseqüente a partilha entre os sucessores de determinada classe que ainda existam.

Encerrando aquela seção, seria de fácil solução, em ambos sistemas, a relação entre o concurso do cônjuge com ascendentes e o crescer, quando somente restasse na classe de sucessíveis o viúvo. No direito português, inclusive pela parte final do art. 2143.º, o consorte recolheria o patrimônio repudiado ou não aceite por impossibilidade. Para a norma brasileira, suficiente se consubstancia a observância, novamente, da regra geral do crescer, autorizando a recolha pelo viúvo da totalidade da quota renunciada.

Ocorre que, Antunes Varela e Pires de Lima suscitaram a possibilidade de somente deixar o cônjuge integrar isoladamente esta classe, mesmo com a renúncia/repúdio ou impossibilidade de aceitar, se esgotados todos os integrantes da linha ascendentes do *de cuius*. Em nosso entendimento, percebemos neste posicionamento verdadeira confusão entre o direito de crescer e a sucessão a título universal do cônjuge.

Objetivamente, conclui-se que, como o direito de crescer tem a especificidade da preexistente vocação dos sucessores que não podem ou não querem aceitar, sendo deferido o respectivo quinhão àqueles que permanecem na mesma classe, bem como pelo dever de respeito à regra da preferência de grau, buscando aqueles mais distantes, não cabe novo chamamento até que seja esvaziada determinada classe.

Sigamos, assim, com a consciência desta perenidade, antagônica à inércia da finitude da problemática em voga, que reconduziria ao retrocesso da mesmice ou à ignorância da ideia de resolução incontestável. Entremos no próximo vagão e nos deixemos conduzir à estação seguinte, onde analisaremos, sob nova perspectiva, as celeumas de outrora, revisitaremos conceitos ditos sedimentados ou nos reportaremos às indagações inéditas que estão por vir.

**ANEXOS**

**(CASOS PRÁTICOS: À LUZ DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E  
BRASILEIRO)**

## CASOS PRÁTICOS: À LUZ DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

**Caso prático 1** – *O direito de acrescer do cônjuge pela renúncia/repúdio ou impossibilidade de aceitar dos descendentes*

Paulo, casado com Ana sob o regime da comunhão parcial (comunhão de adquiridos), pai de um filho (David) – atualmente com 27 anos e economicamente independente –, falece, deixando um *relictum* de 900.000 euros, composto somente por bens particulares, nenhum passivo, e sem dispor do seu patrimônio em vida ou por morte. Os seus pais ainda são vivos, sendo ambos aposentados e sem depender financeiramente do seu filho. A sua esposa jamais exerceu qualquer atividade laboral remunerada, dedicando-se exclusivamente ao lar, convencida desta desnecessidade de trabalho externo pelo seu marido. Considerando que David, quando aberta a sucessão do seu pai, renuncia/repudia a sua quota hereditária, a quem cabe o direito de acrescer?

### **Solução:**

1 – Inicialmente, verifica-se a ordem de vocação hereditária trazida nos arts. 2133.º do CCP e 1.829 do CCB, onde consta a concorrência do cônjuge com descendentes na primeira classe de sucessíveis.

2 – Os arts. 2301.º do CCP e 1.810 do CCB expressam o direito de acrescer daqueles que integram a mesma classe sucessível, em virtude da renúncia/repúdio ou impossibilidade de aceitar daqueles com os quais concorre. No presente caso, trata-se do direito de acrescer do cônjuge.

3 – Porquanto não se referir à inexistência ou falta de descendentes o caso em apreço, não incidem os arts. 2141.º do CCP e 1.836 do CCB. Aqui, trata-se de renúncia ou impossibilidade de aceitar a herança.

4 – Por ser situação de direito de acrescer do cônjuge, em concorrência com descendentes, chamados a suceder primariamente, não se deve proceder a vocação da classe subsequente, cabendo retornar o montante não aceito ao monte-mor, para ser partilhado entre os demais sucessores, neste caso, apenas o cônjuge. Portanto, quantitativamente, a quota do viúvo se compõe pela totalidade da herança, nos dois sistemas em análise, uma vez que não existe passivo e *donatum*.

## **Caso prático 2 – A (in)variabilidade da legítima objetiva**

Carlos, casado com Fátima, pai de três filhos, sem qualquer ascendente vivo, falece *ab intestato*, deixando patrimônio sucessível no valor de 1.200.000 euros, inexistindo qualquer débito, tampouco *donatum*. Considerando a distinção da legítima objetiva nos direitos português e brasileiro, qual o valor total da quota indisponível e a parcela que compõe as legítimas subjetivas de cada um dos herdeiros, à luz dos referidos ordenamentos jurídicos? Como solucionar o caso, na hipótese de o autor da herança não ser casado, tampouco conviver em união estável? E se não tivesse filhos? Ou se existir apenas um filho e o hereditando não for casado e nem conviver em união estável?

### **Solução:**

#### **Direito português**

1 – Na primeira hipótese (casado e com 3 filhos), a legítima obedece a imposição normativa do art. 2159.º do CCP, compondo-se por  $\frac{2}{3}$  da herança. Neste caso, corresponde a 800.000 euros, e em obediência ao art. 2139.º/1, a legítima subjetiva de cada herdeiro compreende o montante de 200.000 euros.

2 – No segundo caso, conforme disposição do art. 2159.º/2 do CCP, a legítima objetiva é também de  $\frac{2}{3}$  da herança, conferindo-se, pela quantidade menor de sucessores, o valor de 233.333,33 euros para cada um dos filhos, compondo-se, assim as suas legítimas subjetivas.

3 – Inexistindo descendentes e ascendentes a legítima objetiva se preenche com a metade da herança, conforme dicção expressa do art. 2158.º do CCP. As legítimas objetiva e subjetiva do conjugem coincidem e correspondem a 600.000 euros.

4 – Aplicando-se o art. 2159.º/2 do CCP, havendo um só filho a resposta se assemelha à situação anterior, modificando o herdeiro, se restringindo ao único descendente, permanecendo as legítimas objetiva e subjetiva no valor de 600.000 euros.

#### **Direito brasileiro**

1 – Partindo de uma legítima objetiva fixa, conforme determina indistintamente, quanto aos herdeiros necessários, o art. 1.846 do CCB, a quota indisponível permanecerá intocável em todas as hipóteses aventadas, compreendendo-se como a “metade dos bens da herança”, o que corresponde à 600.000 euros. Há modificação, apenas, em relação à quantidade e grau de sucessíveis. Portanto, as legítimas subjetivas se preenchem da seguinte forma, nas quatro situações apresentadas:

1 – Valor da legítima objetiva/qtde. de sucessores (cônjuge + 3 descendentes) = quinhão de cada herdeiro. Cônjuge = 150.000 euros; e Descendentes = 150.000 euros cada.

2 –  $600.000/3$  (qtde. de herdeiros) = 200.000 para cada descendente.

3 – Valor total da legítima objetiva (600.000 euros) atribuída ao cônjuge por ser herdeiro universal.

4 – Valor total da legítima objetiva (600.000 euros) atribuída ao descendente, caracterizado como herdeiro universal.

Obs.: A diferença entre os regimes sucessórios em exame, no que se refere às duas primeiras hipóteses, é consequência direta da variabilidade da legítima objetiva existente no CCP e ausente no CCB.

**Caso prático 3** – *Reserva da quota hereditária mínima do cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes* (o problema da dita “filiação híbrida”)

Marcelo, casado com Maria no regime da comunhão parcial de bens (comunhão de adquiridos), tendo quatro filhos, falece sem deixar qualquer dívida em vida, bem como não dispendo do seu patrimônio de forma alguma. Constituindo patrimônio exclusivamente particular enquanto durou o matrimônio, o falecido possui um *relictum* de 1.000.000 de euros. Sob estas circunstâncias, questiona-se: Como se opera a sucessão de Marcelo, tendo todos os descendentes como ascendentes comuns o autor da sucessão e Maria? E se forem todos filhos exclusivos do *de cuius*? Se, ainda, um deles for irmão unilateral e os demais bilaterais, por se tratar de sucessores exclusivo e comuns, respectivamente, do hereditando?

**Solução:**

**Em Portugal**

Verificando que o art. 2139.º/1 do CCP predetermina a reserva da quarta parte do acervo hereditário em favor do cônjuge sobrevivente, não fazendo distinção quanto à origem da filiação para a sua aplicação, uma única resolução será comum às três questões levantadas. Assim, em princípio, separa-se a quota privilegiada do viúvo, correspondendo, na situação em causa, à 250.000 euros. O remanescente, 750.000 euros, por expressa determinação do mencionado dispositivo, subdivide-se entre os descendentes do falecido, atribuindo 187.500 euros para cada um dos filhos de Marcelo. Afasta-se, no sistema lusitano, a controvérsia em relação à origem da filiação, se exclusiva ou comum.

**No Brasil**

Tendo em vista a distinção inserta no art. 1.832 do CCB, são elaboradas três respostas diversas para os questionamentos suscitados. São elas:

1 – Aplicando-se a reserva da quota mínima da quarta parte, em virtude da ascendência comum dos descendentes, resguarda-se a princípio o quinhão de 250.000 euros para o consorte supérstite. Por conseguinte, partilha-se entre os demais sucessores o remanescente, encontrando-se solução semelhante ao regime lusitano, atribuindo a cada um dos descendentes o montante de 187.500 euros.

2 – Inexistindo vínculo de ascendência entre o cônjuge sobrevivente e todos os descendentes com quem concorre, afasta-se a aplicação do privilégio da quota mínima do viúvo, haja vista a condição normativa da ascendência comum, dividindo-se por cabeça entre todos os herdeiros. Como resultado, receberão quinhão igualitário no valor de 200.000 euros para cada um.

3 – A última hipótese, reconhecida no direito brasileiro como filiação híbrida, apresenta diversas interpretações, pela suposta lacuna observada no teor do art. 1.832 do CCB, como se vê:

- 1ª corrente – aplicação indiscriminada da quota mínima a favor do cônjuge. No caso em apreço, a solução corresponde àquela alcança no supraindicado nº 1: 250.000 euros para o cônjuge e 187.500 euros para cada descendentes.
- 2ª corrente – incidência da norma apenas sobre os descendentes que possuem ascendência comum, preservando os exclusivos. Retira-se, inicialmente, a parcela do descendentes exclusivo, numa divisão por cabeça, atribuindo-lhe, portanto, 200.000 euros. Sobre o restante, aplica-se a multicitada norma sobre a fictícia totalidade da herança, conferindo ao cônjuge 250.000 euros. Por fim, divide-se o remanescente entre os demais descendentes, correspondendo, aqui, a 183.333,33 euros.
- 3ª corrente – a) transposição da Fórmula Tusa para a sucessão do cônjuge, uma vez que desenvolvida para solucionar a incoerência do art. 1.790 do CCB, referente à sucessão do companheiro.

$$1) X = \frac{S+NC}{2.S} = \frac{4+3}{2.4} \quad X = \frac{7}{8}$$

$$2) F = \frac{H}{S+X} = \frac{1000000}{7+\frac{7}{8}} = \frac{8000000}{63}$$

$$3) E = F.X = \frac{8000000}{63} \cdot \frac{7}{8} = 111.111,11 \text{ euros (quinhão do cônjuge)}$$

Quinhão dos filhos = 222.222, 2225 euros

Onde:

H = Valor da herança;

NC = número de filhos comuns;

S = número total de filhos;

X = proporção a ser recebida pelo cônjuge em relação a cada filho;

F = valor a ser recebido por cada filho;

E = valor a ser recebido pelo cônjuge.

b) aplicação da Fórmula Medeiros

$$1) Qc = \frac{H}{S} \cdot \left( \frac{Nc}{4S} + \frac{Nx}{S+1} \right) = \frac{1000000}{4} \cdot \left( \frac{3}{4.4} + \frac{1}{4+1} \right) = 96.875$$

$$2) Q_f = \frac{H - Q_c}{S} =$$

**S**

Quinhão do cônjuge = 96.875 euros

Quinhão dos filhos = 225.781,25 euros

Onde:

$Q_c$  = valor do quinhão do cônjuge;

$Q_f$  = valor do quinhão do filho;

$H$  = valor da herança objeto de concorrência sucessória;

$S$  = número total de filhos;

$N_c$  = número de filhos comuns;

$N_x$  = número de filhos exclusivos.

- 4ª corrente (à qual nos filiamos) – somente há reserva da quarta parte quando todos os descendentes forem filhos comuns do viúvo e do autor da herança, pois somente assim é possível cumprir devidamente o preceito normativo. A simples participação sucessória de um filho exclusivo descaracteriza este privilégio, afastando a incidência deste pressuposto normativo. Portanto, na hipótese analisada, partilha-se por cabeça o acervo hereditário, atribuindo-se a cada herdeiro (cônjuge e filhos) o montante de 200.000 euros, pois contabilizam a totalidade de cinco sucessores.

**Caso prático 4 – A exclusão sucessória pelo regime de bens** (o regime da comunhão parcial de bens)

Joana, casada com Antônio sob o regime da comunhão parcial de bens (comunhão de adquiridos) por 20 anos, com quem teve dois filhos, falece, sem deixar passivo e *donatum*. Antes de contrair o matrimônio, a *de cujus* já possuía um imóvel avaliado em 120000, advindo da sucessão do seu pai. Juntamente com o seu marido, adquiriu, na constância do casamento, um apartamento, atualmente avaliado em 270000 euros, e dois veículos, cujos valores atuais correspondem a 12000 e 18000 euros. Quais os valores das quotas de cada um dos herdeiros de Mariana?

**Solução:**

**Direito português**

O patrimônio comum do casal totaliza 300000 euros, resultando da soma do apartamento e dos dois veículos adquiridos na constância do casamento. Como bens particulares existe apenas o imóvel de Joana, advindo da sucessão do seu pai, no valor atual de 120000 euros.

Deste modo, o acervo hereditário corresponde a 270000, sendo 150000 proveniente da meação e 120000 do imóvel que constitui o seu patrimônio particular. Ante a ausência de passivo e *donatum*, este é o valor total da herança. Como a falecida possui dois filhos e um cônjuge sobrevivente a quota indisponível é de dois terços, que neste caso equivale a 180000 euros. A cada um será atribuído como componente da legítima subjetiva 60000, acrescentando-se 30000 em cada quinhão, subdividindo-se a parcela disponível (90000), a par da igualação das quotas hereditárias entre os herdeiros legitimários de mesma classe. Portanto, cada descendente terá 90000 euros do patrimônio sucessível, restando montante igual para o cônjuge sobrevivente. O cônjuge ainda receberá 150000 euros, referente à partilha dos bens adquiridos conjuntamente com a hereditanda (135000 a título de meação do apartamento + 6000 da meação de um dos automóveis + 9000 da meação do outro veículo), correspondendo à sua meação. Individualmente, com relação aos bens identificados nesta hipótese, a partilha dar-se-á da seguinte forma:

- Imóvel particular da falecida (120000 euros) – 40000 euros para cada um dos herdeiros;
- Veículo 1 (12000 euros) – 8000 euros para o cônjuge (6000 da meação + 2000 da sucessão) e 2000 para cada descendente;
- Veículo 2 (18000 euros) – 12000 euros para o cônjuge (9000 da meação + 3000 da sucessão) e 3000 para cada descendente;
- Apartamento adquirido na constância do casamento (270000 euros) – 180000 para o cônjuge (135000 da meação + 45000 da sucessão) e 45000 para cada descendente.

**Subtotal** (descendentes) = 40000 + 2000 + 3000 + 45000 = 90000 euros

**Subtotal** (cônjuge) = 40000 + 8000 + 12000 + 180000 = 240000 euros (90000 da sucessão e 150000 da meação)

### Direito brasileiro

Em princípio, afirma-se que o acervo hereditário totaliza 270000 euros, decompondo-se em 150000 a título de meação e 120000 proveniente dos bens particulares. A parte indisponível, correspondente a metade dos bens da herança, é composta por 135000 euros, assim como a parcela disponível, que possui igual valor. A partir deste ponto, aparecem as divergências interpretativas em relação ao art. 1.829, I, do CCB, referentes à participação sucessória do cônjuge sobrevivente:

- 1ª corrente – o viúvo herda apenas sobre os bens particulares. Deste modo, os descendentes receberão 75000 euros cada, proveniente dos bens comuns (37500 da legítima subjetiva + 37500 da quota disponível), e 40000 (20000 da legítima subjetiva + 20000 da quota disponível) do patrimônio particular, em virtude da sucessão igualitária com o consorte sobrevivo, totalizando *115000 euros para cada descendente* e 40000 euros para o cônjuge. Além disso, o viúvo receberia 150000 a título de meação, *conferindo-lhe 190000 do patrimônio global*.
- 2ª corrente – participação sucessória do cônjuge apenas no patrimônio comum. Assim, aos descendentes seria atribuído o montante de 60000 euros, referente aos bens particulares (30000 da legítima subjetiva + 30000 da quota disponível) acrescentando-se 50000 euros dos bens particulares (25000 da legítima subjetiva + 25000 da quota disponível), conformando um total de *110000 para cada descendente*. Quanto ao viúvo, caberia a partilha por cabeça no acervo amealhado, correspondente a 50000 euros (25000 da legítima subjetiva + 25000 da quota disponível), além da sua meação de 150000 euros, num *subtotal de 200000 euros para o cônjuge*.
- 3ª corrente – tem resultado idêntico ao da corrente anterior, quando admite a concorrência do consorte supérstite, condicionada à inexistência de bens particulares. Este entendimento afastaria a participação sucessória do *viúvo* nesta hipótese, atribuindo-lhe, apenas, o valor correspondente à meação, *150000 euros*. Aos descendentes, por consequência, restaria a quota hereditária equitativa de *135000 euros para cada descendente* (67500 da legítima subjetiva + 67500 da parte disponível).
- 4ª corrente (adotada neste estudo) – admite a incidência sucessória do cônjuge sobre toda a herança, sem subdividi-la. A legítima continua correspondendo a 135000 euros, atribuindo-se 45000 a cada um dos concorrentes de primeira classe. O restante da quota disponível também distribui-se equitativamente. Sob este entendimento, o cônjuge recebe a sua meação, 150000 euros, e ainda 90000 euros do acervo hereditário (50000 do patrimônio comum + 40000 dos bens particulares). Igualando as quotas, os descendentes recebem, também 90000 euros cada (50000 do patrimônio comum +

40000 dos bens particulares). Desta forma, *cabera ao viúvo 240000 euros de todos os bens acima discriminados, e aos descendentes 90000 euros da globalidade do patrimônio para cada um deles.*

## **BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas*. 15.ed. São Paulo: Leud, 2003.

ARRUDA, Élcio. *Problemas atuais do direito patrimonial de família. Regime de bens. Estrutura e função*. In: Revista do Instituto de Direito Brasileiro, n.8. Lisboa: Instituto de Direito Brasileiro/Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013, pp. 7743-7817. Disponível em: [http://www.idb-fdul.com/modo1\\_cat.php?sid=52&ssid=116&c](http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=116&c).

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

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1938.

BRITO, Rodrigo Toscano de. *A posição sucessória do cônjuge sobrevivente: uma abordagem à luz do direito brasileiro*. In: Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. 2.ed., v.6. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito das Sucessões*, 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2. ed. rev. atual., Coimbra: Almedina, 2013.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *Mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável – Conflito de norma*. In: Revista Brasileira de Direito de Família – IBDFAM, v.5, n. 22. Porto Alegre: Síntese, 2004, pp. 151-165.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – O Direito das Sucessões: Do Direito Romano ao Direito Actual, Studia Iuridica 88, Coloquia 16. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 1309-1329.

\_\_\_\_\_. *As Partes Especiais dos Direitos da Família e das Sucessões, a Parte Geral e as outras Partes Especiais no Código Civil*. In: Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, vol. I, Direito da Família e das Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010.

CARVALHO DE SÁ, Domingos Silva. *Do Inventário – Descrever, Avaliar e Partir*. 7. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2014.

CASTRO PALERMO, Carlos Eduardo. *O cônjuge e o convivente no direito das sucessões: modificações introduzidas pelo código civil de 2002*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*, vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Transmissão do acervo hereditário*. In: Direito das Sucessões. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 27-40.

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

\_\_\_\_\_. *Direito da Família e das Sucessões – Relatório*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/LEX, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito das Sucessões*. Lisboa: Quid Juris, 2012.

COSTA, Carlos José de Castro. *Sucessão do cônjuge à luz da Constituição Federal*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 14, fev/mar. Belo Horizonte-MG: IBDFAM/Magister, 2010.

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

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Sucessões*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Filhos, bens e amor não combinam!:* considerações sobre o novo instituto da concorrência sucessória. In: Direito das Sucessões. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 467-481.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. vol. 6, 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Incidentes à transmissão da herança*. In: Direito das Sucessões. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 41-82.

\_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*, vol. 6, 7. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*, 3. ed. Lisboa: Almedina, 2013.

FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão. *Sucessões por morte*. Lisboa: Jurisbook, 2013.

GALVÃO TELLES. *Direito das Sucessões: Noções Fundamentais*, 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

\_\_\_\_\_. *Sucessões: Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. *Sucessão Legítima e Sucessão Legitimária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Sucessões*. BRITO, Edvaldo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*, vol. 7, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil brasileiro: do direito das sucessões*, vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões: da sucessão em geral e sucessão legítima*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1.

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

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*, vol. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *A crise conjugal e o colapso dos atuais modelos de regime de bens*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 25, dez/jan. Belo Horizonte-MG: Magister, 2011, pp. 5-31.

MEDEIROS, Gustavo André Guimarães. *A concorrência sucessória do cônjuge nos casos de filiação híbrida*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 13, dez/jan. Belo Horizonte: Magister/ IBDFAM, 2011, pp. 77-98.

MENDES, João de Castro. *Alterações no livro V do Código Civil – Direito das Sucessões (com exclusão da situação do cônjuge sobrevivente)*. In: Reforma do Código Civil. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1981, pp. 13-23.

MENGONI, Luigi. *Delle Successioni Legittime: art. 565-586*. In: Comentario del Codice Civile, Libro secondo – delle successioni. Roma/Bolonha: Nicola Zanichelli Editore, 1985.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*, vol. 6, 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MOURA VICENTE, Dário. *Direito Comparado*, 3. ed., vol. I. Lisboa: Almedina, 2014.
- NAPPA, Stefano. *La successione necessaria*. Padova: CEDAM, 1999.
- NETO, Inácio de Carvalho. *Direito sucessório do cônjuge e do companheiro*. São Paulo, Método, 2007.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- NOGUEIRA, Joaquim Fernando. *A Reforma de 1977 e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente*. In: Revista da Ordem dos Advogados, ano 40. Lisboa: [s.n.], 1980.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Os 7 Pecados Capitais do Direito Sucessório*. In: Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), pp. 119-138. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Colaço e sonegados*. In: Direito das Sucessões. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 381-398.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. atual. Curitiba: Juruá, 1999.
- OTERO, Marcelo Truzzi. *A separação legal de bens para os sexagenários ou quinquagenários – Uma afronta à dignidade da pessoa humana*. In: Síntese Jornal, maio, ano 4, n. 51. Porto Alegre: Síntese, 2001, pp. 10-12.
- PAMPLONA FILHO; Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Vol. VI, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito das Sucessões contemporâneo*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O Direito da Família Contemporâneo*, 3 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2012.
- PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- PROENÇA, José João Gonçalves de. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009.
- RAMIREZ, Paulo Nuno Horta Correia. *O cônjuge sobrevivente e o instituto da colaço*. Coimbra: Almedina, 1997.
- REALE, Miguel. *O cônjuge no novo Código Civil*. São Paulo: Jornal O Estado de São Paulo, 2003, pp. 2-3.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense/GEN, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito de Família*. 28. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Eduardo dos. *O Direito das Sucessões*. Lisboa: Veja, 1998.

SILVA, Nunes Espinosa Gomes da. *Posição sucessória do cônjuge sobrevivente*. In: Reforma do Código Civil. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1981, pp. 57-89.

SIMÃO, José Fernando. *Separação convencional, separação legal e separação obrigatória: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do artigo 1.829, I, do CC – Recurso Especial nº 992.749/MS*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 15, abr/mai. Belo Horizonte-MG: IBDFAM/Magister, 2010, pp. 5-19.

\_\_\_\_\_. *A PEC do Divórcio – A revolução do século em matéria de Direito de Família – A passagem de um sistema antiodivorcista para o divorcista pleno*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 17, ago/set. Belo Horizonte-MG, IBDFAM/Magister, 2010, pp. 14-26.

SOUSA LEAL, Ana Cristina Ferreira. *A Legítima do cônjuge sobrevivente: estudo comparado hispano-português*. Coimbra: Almedina, 2004.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*, v.1. Brasília: Senado Federal, 2003.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Sucessão legítima e Sucessão legitimária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Controvérsias sobre Regime de bens no Novo Código Civil*. In: Família e Solidariedade – Teoria e Prática do Direito de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 203-220.

\_\_\_\_\_. *Controvérsias sobre a tutela sucessória do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro*. In: Revista do Advogado, ano XXXI, nº 112, jun/2011. São Paulo: AASP, 2011, pp. 53-87.

VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Do direito sucessório dos companheiros*. In Direito de família e o novo código civil. Coord. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VÍTOR, Paula Távora; MARTINS, Rosa Cândido. *Depois de a morte nos separar... – a proteção do cônjuge sobrevivente da perspectiva da responsabilidade*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, *Stvdia Ivridica*, nº 102, *ad honorem* – 6, vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 753-777.