
O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE: UMA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A SURVIVING SPOUSE'S RIGHT TO INHERIT: A PROPOSAL FOR CHANGING THE PREFERENCE ORDER IN INHERITANCE LAW

MARGARETH VETIS ZAGANELLI

Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università Degli Studi Di Milano - Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università Di Bologna (UNIBO) e na Università Degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). Professora investigadora do Projeto "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" do Erasmus Plus European Commission - Jean Monnet Module - cofinanciado pela União europeia (School of Law). E-mail: mvetis@terra.com.br.

SIMONE GUERRA MAZIERO

Bacharel em Ciências Contábeis pela UFES. Bacharel em Direito pela UFES. Pós-graduada em Administração de Recursos Humanos pela Fundação de Assistência e Educação/ES. Pós-graduada em Direito Judiciário pela Faculdade São Geraldo/ES. Servidora Pública Federal – TRT 17ª Região. E-mail: guerra.vix@hotmail.com

ABSTRACT

Objective: This paper aims at analyzing the preference order in inheritance law established by article 1.829 of the Brazilian Civil Code, from the point of view of the surviving spouse.



Methodology: The research adopts exploratory methodology, by using bibliographical and documental review.

Results: The paper analyzes, in its first part, the evolution of the spouse's right to inherit established by the Brazilian legal system, since its origin in the 1916 Code, the changes occurred in the legal texts in the twentieth century, until the current Civil Code. Then, it discusses the current preference order in inheritance law as a consequence of the prevalence of blood ties over affective ties, and how changing the preference order of the spouse's right to inherit, from third class to second class, would improve affective relationships, a basic principle in the constitution of contemporary families.

Contributions: The paper discusses how a change in article 1,829 of the Civil Code, with the change of the order of hereditary vocation of the spouse, from the third class to the second, would value the relationships of affection, changing the historical pattern in force in the Civil Code, which has always privileged the blood ties over affective ties.

Keywords: Inheritance law; Spouse; Civil Code; Order of the right to inherit.

RESUMO

Objetivos: O presente artigo tem por intento abordar a ordem de sucessão hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil, sob o ponto de vista do cônjuge sobrevivente.

Metodologia: A pesquisa adota metodologia exploratória, utilizando pesquisa bibliográfica e documental.

Resultados: O artigo analisa, inicialmente, como o direito de sucessão do cônjuge evoluiu no ordenamento jurídico brasileiro, desde a origem do Código de 1916, as mudanças havidas nos textos legais a partir da segunda metade do século XX, até o Código Civil em vigor. A seguir, discorre sobre a ordem de vocação hereditária atual como uma consequência da prevalência dos laços de sangue sobre os laços de afeto, e como a alteração na ordem de vocação hereditária do cônjuge, da terceira classe para a segunda, privilegiaria as relações de afetividade, princípio nuclear na formação das famílias contemporâneas.

Contribuições: O artigo aborda como uma mudança no artigo 1.829 do Código Civil, com a alteração da ordem de vocação hereditária do cônjuge, da terceira classe para a segunda, valorizaria as relações de afetividade, modificando o padrão histórico vigente no Código Civil, que sempre privilegiou os laços de sangue sobre os laços de afeto.

Palavras-chave: Direito Sucessório; Cônjuge; Código Civil; Ordem de vocação hereditária.



1 INTRODUÇÃO

O direito sucessório do cônjuge sofreu uma grande evolução no ordenamento jurídico brasileiro a partir do século XX. Até o Código Civil de 1916, o cônjuge ocupava o quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, que herdavam até o décimo grau.

Com o Código Civil de 2002, o cônjuge passou a ser considerado herdeiro necessário, ocupando o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, não podendo mais ser privado da legítima por disposição testamentária.

Por meio de metodologia exploratória, utilizando pesquisa bibliográfica e documental, o presente artigo tem por intento abordar a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil, discorrendo sobre a evolução do direito de sucessão do cônjuge, desde a origem do Código de 1916, as mudanças havidas nos textos legais a partir da segunda metade do século XX, até o Código Civil em vigor.

Discorre ainda sobre a ordem de vocação hereditária atual como uma consequência da prevalência dos laços de sangue sobre os laços de afeto. Por derradeiro, ressalta como a alteração na ordem de vocação hereditária do cônjuge, da terceira classe para a segunda, privilegiaria as relações de afeto que são o alicerce na formação das famílias contemporâneas.

2 DIREITO SUCESSÓRIO: NOÇÕES GERAIS

O Direito Sucessório é um dos ramos do Direito Civil, que dispõe sobre a transferência do patrimônio de uma pessoa, após sua morte, por lei ou por testamento. A Constituição Federal garante não só o direito de herança (artigo 5º, XXX), como o direito de usar a lei mais favorável na sucessão de bens de estrangeiros situados no país, em benefício de cônjuge ou filhos brasileiros, previsto no artigo 5º, XXXI (MARTINS-COSTA, 2011, p. 79).

O direito de sucessão está regulado nos artigos 1.784 a 2.027 do Código Civil, e justifica-se sua importância como garantia para outros direitos civis e políticos,



assegurando ainda a manutenção do patrimônio familiar e a continuidade das relações jurídicas (CORTEZ, 2014, p. 275). Historicamente o direito de sucessão surgiu como um instrumento que possibilitava que a propriedade ou titularidade da herança passasse automaticamente do *de cuius* para o herdeiro, sem intermediário algum (LOPEZ HERRERA, 2006, p. 23).

Um dos fundamentos do direito sucessório é o direito de propriedade e a proteção à família, que não ficaria desamparada economicamente com a morte de um dos progenitores, em razão da transmissão imediata do domínio dos bens e de sua posse aos herdeiros legítimos e testamentários, pelo instituto da *saisine*. Esse princípio estipula que o domínio e a posse da herança são transmitidos imediatamente aos herdeiros legítimos, não dependendo de formalização, para que os bens sejam protegidos e não fiquem em estado de vacância. Assim, o patrimônio da família seria preservado, estimulando a produção de riquezas e a proteção econômica do núcleo doméstico. A herança é bem jurídico imóvel, universal e indivisível (FARIAS, 2015, p. 7).

O Estado passou a se preocupar com as regras sucessórias como forma de estimular a economia, afinal, se não houvesse a continuidade patrimonial das famílias, não haveria interesse em acumular bens de longa duração (MACHADO; HILDEBRAND, 2008, p. 105).

O direito de sucessão sofreu diversas alterações no curso da história, de acordo com as mudanças ocorridas na sociedade. De um direito eminentemente patrimonialista, cujo maior interesse era preservar os bens auferidos em vida dentro do próprio núcleo familiar (assim entendido como aquele composto de homem, mulher e filhos, dentro do instituto do casamento), passou a abranger outras formas de família (incluindo a família homoafetiva) e os filhos havidos fora do casamento (que já foram tidos como ilegítimos, e não tinham direito de herdar).



3 EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Durante séculos, até a promulgação do Código Civil de 1916, o direito sucessório no Brasil foi regrado pelas Ordenações do Reino de Portugal. Antes da vigência do diploma civilístico do início do século XX, o cônjuge ocupava o quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, que herdavam até o décimo grau.

Após a promulgação da Lei nº 1.839/1907 (conhecida como Lei Feliciano Pena), alterou-se a situação do cônjuge, que passou do quarto lugar para o terceiro na ordem de vocação hereditária, à frente dos colaterais (e estes foram limitados ao sexto grau). Essa ordem foi seguida pelo Código Civil de 1916 e vigorou até o Código Civil de 2002 (CARVALHO NETO, 2005, p. 63).

Com a mudança da ordem, o cônjuge passou a herdar integralmente na ausência de descendentes e ascendentes, desde que à época da morte não estivesse desquitado do falecido.

Outra importante mudança que a Lei Feliciano Pena trouxe foi a fixação da legítima como metade dos bens do testador (o entendimento anterior, vindo do Direito Português, se referia a um terço dos bens), e que permanece como regra no nosso ordenamento jurídico até os dias atuais.

Se os avanços citados já foram expressivos para a época, houve autores que defendiam posição ainda mais avançada, posição que o legislador não seguiu, segundo Washington de Barros Monteiro, “por pura timidez”.

Com efeito, Washington de Barros Monteiro, a respeito da alteração trazida pela Lei Feliciano Pena, ponderou que o Decreto nº 1.839/1907, “inovando o direito anterior, deu precedência ao cônjuge sobrevivente, desde que não desquitado. Preferível teria sido, sem dúvida, que o legislador tivesse ido além, colocando-o antes mesmo dos próprios ascendentes” (MONTEIRO, 1982, p. 87).



3.1 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Com relação ao direito sucessório, o Código Civil previu regras de transmissão hereditária por testamento e por determinação legal e estabeleceu regras atinentes à partilha e ao inventário. A ordem de vocação hereditária trazida pela Lei Feliciano Pena foi mantida no Código, e vigorou durante todo o século XX, tendo como base as relações de família e de sangue, trazendo o cônjuge na terceira classe (LEMONS JR; BARBOSA, 2016, p. 23).

Como o chamamento era feito por classes, somente se não houvesse descendentes e ascendentes é que o cônjuge sobrevivente herdaria, constituindo uma classe precedente sobre a outra.

Ademais, o Código Civil de 1916 não considerava o cônjuge viúvo herdeiro necessário, nem era detentor de direito concorrente aos descendentes ou ascendentes.

O primeiro Código Civil da República só foi concluído quase um século após a Independência, e não é exagero falar que o Código que passou a vigorar em 1916, portanto no século XX, já nasceu datado, por ser fruto dos pensamentos e ideias que vigoraram no Império. Era um espelho das tradições da sociedade brasileira à época, marcada pelo conservadorismo e eminentemente patriarcal.

A mulher casada, por exemplo, era tida como relativamente capaz, e necessitava da autorização do marido para trabalhar. O comando da família pertencia ao homem (daí a expressão pátrio poder, utilizada até recentemente), e os bens familiares eram tidos como resultado do esforço do “pai de família”.

A mulher era vista não como alguém que poderia contribuir para a construção do patrimônio da família, mas como uma pessoa que deveria ser “protegida”, desde que dentro do instituto do casamento. As relações extramatrimoniais eram proibidas, consideradas adulterinas e pecaminosas, e os filhos havidos dessas relações não poderiam herdar, nem usar o nome do pai.



3.2 ESTATUTO DA MULHER CASADA

A Lei nº 4.121/1962, que alterou o art. 246 do Código Civil de 1916, também chamada de Estatuto da Mulher Casada, trouxe mudanças expressivas à situação da mulher, que voltou a ser considerada plenamente capaz (e não relativamente, como na versão original do Código Civil de 1916). Além disso, não era mais necessária a autorização do marido para que a mulher exercesse um ofício. A lei ainda criou a figura de bens reservados, que são aqueles adquiridos pela mulher com o fruto de seu trabalho.

Esse dispositivo tinha nitidamente um caráter protetivo à esposa, porém com a Constituição Federal de 1988 tal instituto foi extinto, por ferir o princípio da igualdade entre homem e mulher (FUZISSIMA, 2012, p.15)

Apesar desses avanços, a posição da mulher continuava subalterna. O Estatuto dispunha que “Ao cônjuge sobrevivente, celebrado sobre regime da comunhão de bens cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal. E continua no parágrafo 1º: “Se porém o cônjuge sobrevivo for a mulher, será mister, para isso que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela.” Ou seja, instituiu uma condição para a mulher que não foi exigida do homem.

O Estatuto da Mulher Casada consagrou o entendimento jurisprudencial de que a mulher tem que provar não ter culpa na separação para fazer jus à inventariança (CARVALHO NETO, 2005, p. 72). Aliás, a ideia de culpa na separação, apesar de retrógrada, continuou em vigor até o Código Civil de 2002, cujo artigo 1.830 preceitua que o cônjuge sobrevivente só herdaria caso convivesse com o *de cuius* à época de seu falecimento; caso estivessem separados de fato há mais de dois anos, o cônjuge sobrevivente só herdaria caso provasse que a separação não se deu por sua culpa.

A introdução da culpa como causa das separações ocorreu a partir da influência que a Igreja (em especial, a católica) exercia sobre a sociedade, aliada ao fato de que a estrutura da família era fundamentada no casamento, não reconhecendo outras formas de união (SARTORI, 2011, p. 2). Assim, nada mais natural que houvesse uma punição a quem ousasse causar a dissolução dos laços matrimoniais.



Hoje a separação conjugal é vista como direito potestativo, que pode ser solicitada independentemente da anuência do outro cônjuge, não havendo mais que se falar em “culpa”.

Em comparação com o direito da Argentina, o Código de Velez, na redação original do art. 3575, estabelecia que cessa a sucessão dos cônjuges se estivessem separados de fato sem vontade de unir-se, ou estando provisoriamente separados por juiz competente. O artigo não se referiu a nenhuma circunstância subjetiva para a separação, como a culpa, apenas a situação fática (CASTELLS; FABRIZI, 2015, p. 3).

Outro avanço trazido pelo Estatuto da Mulher Casada foi o livre exercício de profissão da esposa, permitindo que ela ingressasse no mercado de trabalho, tornando-a economicamente produtiva, aumentando sua importância nas relações de poder no seio da família.

O aumento do poder econômico da mulher, que até então dependia totalmente do marido, trouxe importantes alterações no relacionamento entre os cônjuges, por acrescentar toda uma série de novas atribuições e modificações nos papéis do casal (CANEZINI, 2004, p.7).

Mais uma novidade trazida pela Estatuto foi a criação do usufruto viual e do direito real de habitação, inserindo-os nos parágrafos 1º e 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, como um esforço do legislador para minimizar a situação desfavorável do cônjuge na sucessão.

O usufruto viual é a concessão ao cônjuge sobrevivente, casado com o falecido sob regime de bens que não fosse o da comunhão universal, e enquanto durasse sua viuvez, a fruição sobre 25% dos bens do falecido, se houvesse prole comum ou exclusiva, ou 50% dos bens, se não houvesse filhos, ainda que existissem ascendentes (GAGLIANO; PAMPLONA Fº, 2017, p. 227-230).

Já o direito real de habitação é a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente, que seja casado sob o regime da comunhão universal de bens, de morar no imóvel de família, se não houver outros imóveis a inventariar. O direito real de uso tem alcance menor que o usufruto, pois se limita à habitação do imóvel, mas é louvável sua intenção de não deixar o cônjuge supérstite desassistido quando houvesse apenas um imóvel a partilhar.



Esse instituto foi mantido no Código Civil de 2002, mas abrangendo todos os regimes de bens de casamento, permanecendo dessa maneira até os dias atuais.

3.3 A EMENDA Nº 9/1977 E A LEI DO DIVÓRCIO[

A Emenda nº 9/1977 regulamentou o direito ao divórcio em nosso ordenamento jurídico, apesar de todas as críticas à adoção do instituto, sobretudo por parte da Igreja. A Emenda trouxe diversas mudanças ao Direito de Família, não se limitando a tratar do divórcio e da separação judicial. Tornou facultativo, por exemplo, a adoção do nome do marido pela esposa, alterou o regime legal de bens para o de comunhão parcial, permitiu o reconhecimento de filho havido fora do casamento, em testamento cerrado, e reconheceu o direito à herança em igualdade de condições. Essa mudança foi primordial para o direito sucessório, gerando impactos na divisão da herança da família.

Todas essas mudanças ocorridas nas leis foram consequência de grandes alterações sociais. De um Código concebido e pensado com os valores do Império, em que o casamento era indissolúvel e o direito sucessório não abrangia todas as espécies de configurações familiares (como os filhos havidos fora do casamento, considerados ilegítimos ou adulterinos), chegamos ao final do século XX com a possibilidade legal de dissolução do matrimônio, e todas as consequências advindas desta nova configuração legal.

Houve uma atenuação do critério da culpa na dissolução do casamento, que deixou de ser a única causa para a separação, com a inclusão da mera impossibilidade da vida em comum. Mas, mesmo com alguns avanços, o legislador ainda considerava que aquele que tomou a iniciativa na separação incidia nas mesmas sanções já previstas em lei, de perda do direito aos alimentos, da guarda dos filhos, do uso do nome do marido e ainda, se casada pelo regime de comunhão universal de bens, perda à meação do remanescente dos bens que o outro havia levado ao casamento (SARTORI, 2011, p. 5).

Apesar da evolução percebida nas legislações posteriores, o Código de 1916 não mais atendia aos anseios da sociedade, que ansiava por uma lei mais moderna,



adaptada aos novos tempos e à Constituição recém-promulgada, que constituiu um grande avanço em relação aos direitos e garantias fundamentais.

Sendo assim, diversos projetos de lei tentaram reformar o Código de 1916, propondo melhorias no direito sucessório dos cônjuges, dentre os quais o projeto da comissão chefiada por Miguel Reale, que foi convertido no Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002). O atual código melhorou expressivamente o direito sucessório do cônjuge, que passou a herdar em concorrência com os ascendentes, na ausência de descendentes.

O direito de concorrência já era previsto em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, cujo artigo 581 do Código Civil determina que o cônjuge terá direito a metade da herança, se na sucessão concorre com um filho, e um terço, nos outros casos. No caso de concorrência com ascendentes ou com irmãos ou irmãs, caberá ao cônjuge dois terços da herança, conforme art. 582 (ITÁLIA, 1942).

4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE

Da mesma forma que aconteceu com o Código de 1916, o Código Civil de 2002 também foi resultado de um longo processo legislativo. Ele surgiu não como uma proposta inovadora, mas como uma revisão do Código anterior.

As relações pessoais e familiares foram sofrendo alterações significativas, e um código germinado no período imperial, como era o Código de 1916, não acolhia mais as profundas transformações sociais experimentadas a partir do século XX.

Mais uma vez, o Código que entrou em vigor recebeu comentários de que nasceu ultrapassado, tendo em vista o longo trajeto entre o projeto original e sua conversão em lei (27 anos).

Apesar das críticas, o Código de 2002 trouxe avanços em relação ao direito sucessório do cônjuge, promovendo-o a herdeiro necessário (art. 1.845), e colocando-o nas duas primeiras classes preferenciais. É o que dispõe o artigo 1.829 (BRASIL, 2002):



Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694) I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Com esta alteração ficou extinto o usufruto viual, previsto no Código anterior, e que tantas discussões suscitou. Assim, o cônjuge agora tem direito a parte da herança, o que representa uma maior garantia do que simplesmente seu usufruto. Além disso, não pode mais ser excluído da legítima por vontade do consorte, tendo sido alçado à categoria de herdeiro necessário, juntamente com os ascendentes e descendentes.

O instituto da legítima também é previsto em outros ordenamentos jurídicos, como o italiano, mesmo que haja disposição em contrário em testamento firmado pelo autor da herança (Successione & testamento.it, 2006, p. 1).

No direito português, como no brasileiro, utiliza-se o direito de preferência de classes, em que os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatas. Assim, os sucessíveis da classe imediata só são chamados se os da classe anterior não quiserem ou não puderem aceitar a herança (FERNANDES JUNIOR, 2014, p. 21).

O art. 1.832 também trouxe outra regra, a de que “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” (BRASIL, 2002).

Segundo a norma, o cônjuge supérstite terá direito ao mesmo quinhão que receberem os descendentes por direito próprio, excluído o direito de representação, não importando se são filhos de ambos ou só do autor da herança, e reservando $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge se ele for ascendente dos descendentes com quem concorrer (TARTUCE, 2017, p. 118).

Assinala Flávio Tartuce que essa norma foi introduzida no Código de 2002 para substituir o antigo usufruto viual, que constava no Código anterior, e



complementa dizendo que a reserva da quarta parte da herança não seria aplicada se os descendentes forem exclusivos do falecido.

Outra questão trazida pelo autor diz respeito à existência de filiação híbrida, ou seja, descendentes exclusivos do falecido e descendentes comuns, ao mesmo tempo. A esse respeito há duas correntes: a majoritária, à qual o autor se filia, entende que não é devida a reserva da quarta parte nesse caso, por se garantir o direito mais favorável aos descendentes, e a corrente minoritária interpreta em sentido contrário, aplicando-se a reserva da quarta parte em favor do cônjuge.

Esse é mais um exemplo de que o direito sucessório não vem conseguindo acompanhar as mudanças sofridas pela sociedade, porque o legislador não previu estas particularidades, como os casamentos ou relacionamentos sucessivos, com descendentes comuns e exclusivos. Isto ocorre porque a legislação pátria entende o direito sucessório como um duplo binário, em que as relações ocorrem sempre entre duas pessoas (não importando se são relação hetero ou homoafetivas), deixando de lado as novas configurações familiares, os filhos (e pais) socioafetivos, famílias formadas por dois pais e uma mãe (ou duas mães e um pai), dentre outros formatos.

Verifica-se um grande descompasso entre a legislação brasileira e os avanços sociais. Até hoje não há lei em sentido estrito que autorize o casamento entre pessoas do mesmo sexo, apenas a Resolução CNJ nº 175/2013, que obriga os cartórios a realizarem casamentos homoafetivos, dá amparo a esses casais. Enquanto isso, desde 2001 Portugal conta com uma lei que tutela e reconhece os efeitos jurídicos das uniões de fato de pessoas do mesmo sexo, a Lei n.º 7/2001 (GIL, 2001, p. 51).

Em relação ao direito sucessório do cônjuge, há ainda algumas particularidades que serão explanadas a seguir.

O primeiro ponto a destacar é a possibilidade de o cônjuge concorrer com os descendentes, desde que seja casado com o falecido em comunhão parcial ou separação obrigatória de bens, e caso seja casado naquele regime, desde que o autor da herança não tenha deixado bens particulares.

O legislador quis proteger o cônjuge supérstite no caso de outros regimes de bens que não o da comunhão universal, tendo em vista que neste o cônjuge já teria



direito à meação (metade dos bens do casal), e não ficaria desassistido no caso de uma viuvez.

Apesar dessa louvável intenção, a redação do artigo ficou confusa, suscitando diversos questionamentos, como o de que o regime de bens influencia de maneira desigual na sua sucessão. Gonçalves (2014, p. 116) assinala que há autores que entendem que, no regime da comunhão parcial, se há bens particulares, o cônjuge sobrevivente faz jus à metade dos bens (tanto os particulares como os que não são), concorrendo com os descendentes. Trata-se de uma regra mais favorável do que se casado no regime da comunhão universal, que dá direito apenas à meação, não tendo direitos outros que não a metade que já lhe caberia propriamente. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 116) têm entendimento diverso, destacando que “o legislador não poderia fazer uma inócua referência à expressão ‘bens particulares’ se não pretendesse, em verdade, com isso, limitar o direito concorrencial do cônjuge a esta categoria de bens.”

Esta é a intelecção do Enunciado 270, proferido na III Jornada de Direito Civil:

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

Com relação a essa especificidade, cabe destacar que, se o casamento sofresse dissolução legal (por divórcio), o cônjuge não teria direito aos bens particulares, se casado no regime de comunhão parcial, o que ocorreria se houvesse dissolução por morte. O que nos leva à conclusão de que é preferível a morte (pensando apenas no aspecto patrimonial) à separação legal (o que é uma triste conclusão...).

Há ainda discordância no entendimento doutrinário quando o autor da herança deixa somente bens particulares e incomunicáveis, no regime da comunhão universal



de bens, tendo em vista que o cônjuge remanescente correrá o risco de não ter direito nem à meação, nem à herança (MARUO; JULIO; CABRAL, p. 7).

Segundo Gonçalves (2014, p. 115), o art. 1.829 “estabelece, como regra, a concorrência, e em seguida as exceções.”

Pontua ainda que a primeira questão a ser respondida na abertura da sucessão (caso o falecido seja casado, e desde que não haja testamento) é o regime de bens do casamento (lembrando que no caso de união estável o regime considerado é o de Comunhão Parcial de Bens), caso haja descendentes. Se o regime for o de comunhão universal, entende o legislador que a meação adquirida pelo regime escolhido é o suficiente para a proteção financeira do viúvo, que não fará jus à herança, partilhada apenas pelos descendentes.

Mas esse entendimento pode ser questionado: se o patrimônio formado pelo casal é resultado de esforço mútuo, a meação dos bens representa a parcela a que cada um teria direito, no caso de dissolução do casamento (não importando se por “causa mortis” ou por separação legal). Assim, não nos parece justo que aquele que contribuiu para o patrimônio não esteja apto para herdá-lo (mesmo que fosse em um percentual diverso do que caberia para os descendentes). O que se afigura é que o legislador pensou, mais uma vez, na família tradicional (aquela do século anterior), em que o homem era o único provedor da casa, e conseqüentemente, o responsável por adquirir o patrimônio doméstico, e não em uma família em que os dois compartilham igualmente as responsabilidades financeiras.

Até mesmo o casamento no regime de separação de bens gera direito sucessório ao cônjuge, tendo em vista a Súmula 377 do STF “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, o que pode ser considerado uma interferência indevida no desejo do casal que optou pelo regime de separação legal de bens.

Outra questão tormentosa é trazida pelo art. 1.830 do Código Civil, que determina que somente será reconhecido o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, se ele não estivesse separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Sem entrar no mérito da culpa na separação, cabe questionar aqui qual o sentido de



exigir um período mínimo de separação, se a interpretação jurisprudencial consagra efeitos jurídicos à fática separação.

A doutrina e a jurisprudência já discutiram se a separação de fato do casal acarretava a extinção automática do regime de bens, ou se seria necessário haver separação judicial e divórcio, conforme prescreve o art. 3º da Lei de Divórcio, concluindo que “o passar do tempo gera para os cônjuges o direito de postular a decretação judicial de ruptura do casamento, afastando inclusive, a pesquisa da culpa se existente um ano de fática separação” (MADALENO, 2002, p. 1-2).

4.1 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Se o legislador inovou ao reconhecer ao cônjuge o direito de preferência na ordem da vocação hereditária, não o fez em relação ao companheiro, cujo artigo referencial, de nº 1.790, está localizado nas disposições gerais do Título I – Da Sucessão em geral.

A primeira observação a ser feita é relacionada à localização do artigo no Código Civil, por estar separada do artigo que trata da sucessão do cônjuge. Flávio Tartuce pontua que “isso se deu pelo fato do tratamento relativo à união estável ter sido incluído no CC/2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato, o companheiro não consta da ordem de vocação hereditária, sendo tratado como um herdeiro especial” (p.1).

O autor traz ainda a seguinte questão: como a primeira premissa para o reconhecimento do direito sucessório do companheiro ou companheira é de que somente haverá direitos em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união, o que acontece com os bens adquiridos a título gratuito, como a doação? Não havendo descendentes, ascendentes nem cônjuge, os bens devem ser destinados ao companheiro ou ao Estado?

E com relação ao art. 1.832, que dispensa ao cônjuge tratamento privilegiado, concedendo-lhe uma "quota" mínima caso venha a concorrer com os descendentes comuns com o autor da herança? Também seria aplicável ao companheiro?



Houve inúmeros questionamentos acerca da constitucionalidade do art. 1.790. Recentemente, em julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721 e nº 878.694, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do CC, que estabelecia diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens, inclusive nas relações homoafetivas.

O RE 878694 tratou de união de casal heteroafetivo e o RE 646721 abordou sucessão em uma relação homoafetiva. A conclusão do Tribunal foi de que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual.

No julgamento, prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 878694, que sustentou que o STF já equiparou as uniões homoafetivas às uniões “convencionais”, e que o artigo 1.790 do Código Civil pode ser considerado inconstitucional porque viola princípios como a igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso.

O ministro pontuou que o Código Civil de 2002 foi originário de debates legislativos ocorridos nos anos 70 e 80, antes, portanto, das transformações sociais ocorridas na sociedade no século XXI, estando ultrapassado nas questões de família. Assinalou ainda que o Código Civil, ao desigualar o casamento e a união estável, desconsiderou os princípios de igualdade da Constituição Federal.

Assim, para fim de repercussão geral, foi aprovada a seguinte tese, válida para ambos os processos:

“No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil” (BRASIL, STF).

Deve-se ainda destacar que o regime de bens na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, é o de comunhão parcial de bens, conforme preceitua o art. 1.725 do Código Civil.



5 ALTERAÇÃO DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA: UMA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*

Embora tenha sido considerado um avanço, a alteração na vocação hereditária trazida pelo Código de 2002 veio acompanhada de alguns impactos na divisão da herança.

A primeira delas é a situação do cônjuge ao concorrer com os descendentes do *de cuius*. Com as novas configurações familiares, é cada vez mais comum que o cônjuge supérstite divida a herança com descendentes exclusivos do falecido, fruto de relações anteriores, ou até mesmo concomitantes. Esta relação entre os herdeiros nem sempre é amigável, o que pode ficar exacerbado quando há disputas financeiras em jogo. Devemos considerar ainda que a redação do inciso I do art. 1.829 é confusa, dando margem a mais de uma interpretação, conforme já explanado anteriormente.

O inciso II traz outra novidade, a concorrência do cônjuge com os ascendentes, na ausência de descendentes, qualquer que seja o regime de bens do casamento. Aqui cabe outra observação: o direito sucessório, que em sua origem foi patrimonialista e patriarcal, privilegiava os laços familiares em detrimento dos laços de afeto. Mas a contínua evolução da sociedade fez com que novas configurações familiares fossem sendo tuteladas pelo direito sucessório (a exemplo das uniões estáveis e as relações homoafetivas). Se o falecido cria um novo núcleo familiar (por meio do casamento ou de qualquer outra configuração), ligando-se pelo afeto a outra pessoa, qual o sentido de em uma eventual sucessão a herança ter que ser repartida com os ascendentes também? Se o argumento a ser utilizado for o dever de assistência que o filho deve aos genitores, então por que os ascendentes também não participam da primeira classe de vocação hereditária? Acaso o filho que se torna pai não deve também o compromisso de assistência aos seus progenitores?

A justificativa para tal escolha pelo legislador é muito mais um resquício do direito patrimonialista que os Códigos Civis, tanto o de 1916 quanto o de 2002, ainda apresentam.

A esse respeito, Lucas Abreu Barroso fez a seguinte consideração: “A ordem da vocação hereditária traz o reconhecimento do que é fundamental para a



organização das famílias – a legitimação da diferença entre as gerações e sua inserção genealógica, ao longo da sucessão de gerações” (BARROSO, 2006, p. 527).

O autor esclarece que o conceito ocidental de família deve reconhecer a autonomia do casal, que é a nova família, formada pelo respeito e afeto mútuos, independente de formalizações legais. E complementa que esta liberdade de constituir uma família é afetada pelo instituto da concorrência, que coloca no mesmo plano duas gerações. Conclui dizendo que “as relações de convivência são desmerecidas com a ampliação do status dos vínculos biológicos, em detrimento dos afetivos”, citando ainda a inclusão de parentes na ordem de vocação hereditária até o quarto grau (BARROSO, 2006, p. 529-530).

Assim, se houve autores, como Washington de Barros Monteiro, que, em 1983, ao elucidar a alteração da ordem sucessória trazida pela Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839/1907), já considerava que o legislador deveria ter inovado mais, colocando o cônjuge à frente dos ascendentes na ordem de vocação hereditária (1982-1983, p. 87), ainda há espaço para discussão da alteração da ordem de vocação hereditária do cônjuge, que passaria da terceira classe para a segunda, não mais concorrendo com os ascendentes, na ausência de descendentes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo intentou abordar como o direito sucessório do cônjuge sofreu alterações, principalmente a partir da segunda metade do século XX. De um direito essencialmente patrimonialista, patriarcal, fundado no instituto do casamento, e cujo interesse maior era preservar os bens acumulados em vida no próprio núcleo familiar, passou a abranger outras formas familiares, como as famílias homoafetivas, as uniões estáveis, os filhos havidos fora do casamento ou de outras configurações familiares, o que representou um grande avanço social.

O cônjuge passou do quarto lugar na ordem de vocação hereditária (posição que ocupou até a entrada em vigor do Código Civil de 1916) a terceiro lugar, a partir desta data. Com o Código Civil de 2002, sua posição foi ainda melhorada: além de



passar a herdar concorrentemente com os descendentes (que ocupam o primeiro lugar) ou os ascendentes (segundo lugar), o cônjuge passou a ocupar a terceira posição, tendo sido promovido à categoria de herdeiro necessário, não podendo ser destituído da legítima por disposição testamentária. Além disso, o legislador também previu outras garantias, como o direito real de habitação como uma garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente, que seja casado sob o regime da comunhão universal de bens, de morar no imóvel de família, se não houver outros imóveis a inventariar.

Abordou ainda como o direito sucessório do cônjuge foi concebido historicamente como um mecanismo de proteção à viúva, tendo em vista que a mulher por muito tempo foi dependente economicamente do homem, e corria o risco de ficar desassistida na ausência do cônjuge varão.

Esses mecanismos foram sendo aprimorados, desde a instituição, no Código de 1916, do usufruto vidual e do direito real de habitação para os cônjuges casados em regime de comunhão universal de bens, até as mudanças ocorridas no Código de 2002, que alterou a situação do cônjuge a herdeiro necessário, concorrendo com descendentes, na primeira posição da vocação hereditária, ou ascendentes, na falta daqueles, e ainda ocupando o terceiro lugar na ordem sucessória.

Apesar de todas essas garantias, a sucessão do cônjuge apresenta aspectos controversos, como o inciso I do art. 1.829, em especial quanto à existência de bens particulares do de cujus, se for casado sob regime de comunhão parcial. Alguns autores entendem que, nesse caso, o cônjuge supérstite faria jus apenas à parcela dos bens particulares, enquanto que outros interpretam de maneira diversa, de que faria jus à herança referente à totalidade dos bens (tanto particulares quanto os comuns).

Outro aspecto polêmico ocorre em relação ao art. 1.830, que permite que o cônjuge sobrevivente tenha direitos sucessórios, desde que não esteja separado de fato há mais de dois anos, e ainda trazendo uma exceção, nos casos em que for comprovado que a culpa da separação não se deu por culpa do sobrevivente. Podem ocorrer duas situações, ambas esdrúxulas: se o de cujus se separou há menos de dois anos e constituiu relação estável, ambos (o companheiro e o cônjuge



sobrevivente) fariam jus à herança? Ou, de outro modo, a separação de fato ocorreu há mais de dois anos, mas sucedendo o falecimento, o cônjuge sobrevivente alegar que a separação se deu não por sua culpa, mas do falecido? O cônjuge faria jus à herança?

O artigo trouxe ainda uma questão para discussão, a alteração da ordem de vocação hereditária do cônjuge, que passaria da terceira classe para a segunda, não mais concorrendo com os ascendentes, na ausência de descendentes, privilegiando as relações de afeto que são o alicerce na formação das famílias.

Enfim, esse artigo não tem a pretensão de esgotar o assunto (mesmo por causa de sua amplitude), mas seu interesse é abordar diversas linhas de pensamento, visando uma discussão salutar sobre o direito sucessório, em especial com a recente decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, que garantiu os mesmos direitos sucessórios ao casamento e à união estável.

As questões abordadas são controvertidas, e a todo momento exigem dos operadores do direito muita cautela e uma contínua atualização dos parâmetros utilizados para tomada de decisão, sob pena de tornar o direito uma disciplina estanque, que não evolui tão rapidamente quanto as novas exigências sociais.

REFERÊNCIAS

III JORNADA DE DIREITO CIVIL – **Enunciados aprovados de ns. 138 a 271.** Disponível em http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III_JORNADA_DE_DIREITO_CIVIL_ENUNCIADOS_APROVADOS_DE_NS.138_A_271.pdf/view Acesso em 4 fev. 2018.

BARROSO, Lucas Abreu. **Introdução Crítica ao Código Civil.** Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006.

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

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Diário Oficial da União. Brasília, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm Acesso em: 4 fev. 2018.



BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Diário Oficial da União. Brasília, 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977.** Diário Oficial da União. Brasília, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 4 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios.** Brasília, 10 maio 2017. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> Acesso em: 12 fev. 2018.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **A mulher e o Casamento: da Submissão à Emancipação.** *Revista Jurídica Cesumar – v.4, n. 1 - 2004.* Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/368/431> Acesso em 4 fev.2018.

CARVALHO NETO, Inacio Bernardino de. **A Evolução do Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro no Direito Brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil.** 2005. 244 f. Tese de doutorado (Doutor em Direito Civil). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CASTELLS, Lia. FABRIZI, Lucrecia. *La Separacion de hecho y la exclusion de la vocacion hereditaria entre cónyuges. Comisión nº 7, Sucesiones: “Exclusión de la vocación hereditaria”.* **XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.** Outubro de 2015. Bahia Blanca, Argentina. Disponível em http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Castells-y-otro_-LA-SEPARACION.pdf Acesso em 4 fev. 2018.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. **Transmissão e Administração da Herança. Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.** Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil,** volume 7. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES JUNIOR, Wagner Luiz. **Da “obrigatoriedade” da sucessão legitimária como forma de privação da liberdade do “de cuius” em dispor do seu**



patrimônio. 2014. 53 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

FUZISSIMA, Cláudia Hirose Maeda. **A evolução dos direitos Sucessórios do Cônjuge.** Revistas UNIUBE, v. 3, n. 2, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.uniube.br/index.php/ddc/article/view/544> Acesso em 4 fev. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA F^o, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 7: direito das sucessões.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Ana Rita. A adoção de filho do cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo: o direito vigente à luz dos princípios constitucionais. **Curso de Direito de Família**, vol. 1, 2001, p. 49-76. Coimbra Editora.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ITÁLIA. Código Civil. **II Codice Civile Italiano**, 16 Mar. 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter dictum/codciv/Codciv.htm> Acesso em 6 fev. 2018.

LEMOS Jr, Eloi Pereira; BARBOSA, Grasielle Dias. Equiparação da União Estável ao Casamento na Sucessão de Bens. **Revista de Direito de Família e Sucessões.** Curitiba, v. 2, n. 2, p. 20-42. Jul-Dez 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322594410 Equiparacao da Uniao Estavel ao Casamento na Sucessao de Bens](https://www.researchgate.net/publication/322594410_Equiparacao_da_Uniao_Estavel_ao_Casamento_na_Sucessao_de_Bens)> Acesso em 4 fev. 2018.

LOPEZ HERRERA, Francisco. **Parte Común a la sucesión intestada y a la testamentaria.** 4 ed. Caracas: UCAB, 2006.

MACHADO, Fabrício Jorge. HILDEBRAND, Cecília Rodrigues Frutuoso. Aspectos Polêmicos da Sucessão *Ab Intestado* no Novo Código Civil. **Revista de Direito**, vol. XI, nº 13, 2008, p. 105-120. Disponível em <http://pgsskroton.com.br/seer/index.php/rdire/article/view/2069/1969> Acesso em 4 fev. 2018.

MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Síntese, v. 50, n. 291, p. 35-44, Jan. 2002. Disponível em http://www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rolf_Madaleno/direito.pdf . Acesso em 4 fev. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. **Revista do Advogado**, Ano XXXI, n. 112, Julho de 2011, p. 79-87. Associação dos Advogados de São Paulo.



MARUO, Rosélia de Souza Campos; JULIO, Ana Célia de; CABRAL, Francisco Leite. **Da ordem de vocação hereditária e suas implicações nos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil brasileiro.** Disponível em: www.ienomat.com.br/revistas/judicare_arquivos/journals/1/.../39/.../39-273-1-PB.pdf Acesso em: 5 fev. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1982-1983.

SARTORI, Fernando. **A culpa como causa da separação e seus efeitos.** *E-gov*, UFSC, 03 mar. 2011. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/culpa-como-causa-da-separa%C3%A7%C3%A3o-e-seus-efeitos> Acesso em 4 fev. 2018.

SUCCESSIONE & TESTAMENTO.IT, **Quote di successione: disponibili e non disponibili.** 2006. Disponível em: <http://www.successione-testamento.it/successione/quote-successione/> Acesso em 6 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Da Sucessão do Companheiro.** O Polêmico art. 1.790 do CC e suas Controvérsias Principais. Disponível em http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/04/02_da.sucessao.do.companheiro.pdf Acesso em 12 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, vol. 6: Direito das Sucessões. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 118.

