

OS 7 Pecados Capitais do Novo Direito Sucessório

Euclides de Oliveira (SP)

1. REVIRAVOLTA NA FORMA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Saudosos tempos, aqueles do Código Civil de 1916, quando reinava paz e sossego na seara do direito sucessório. Era de todos conhecido o rol dos herdeiros, pela ordem dos vocacionados à sucessão legítima. E também simples se apresentava o modo de cálculo dos quinhões, com cuidados especiais somente na aferição dos modos de atribuição dos bens por cabeça (direito próprio) ou por estirpe (direito de representação).

Mas o Código Civil de 2002 produziu um vendaval de mudanças na forma e na ordem da sucessão legítima. O aspecto crucial desse verdadeiro *tsunami* jurídico, pela novidade e pela complexidade, diz respeito à concorrência sucessória, abrangendo a co-participação na herança de cônjuge com descendentes e com ascendentes, de companheiro com descendentes e outros parentes sucessíveis, e, até mesmo, de cônjuge com companheiro (em hipóteses de separação de fato, ao tempo do falecimento do outro cônjuge, que estivesse unido a outra pessoa).

Observa-se a valorização da posição sucessória do cônjuge, que passa a concorrer com os descendentes e com os ascendentes e mantém o direito de recebimento da totalidade da herança na falta daqueles parentes do falecido, além de conservar o direito real de habitação sobre o imóvel que servia ao casal. Além disso, o cônjuge passa à categoria de herdeiro necessário (juntamente com os descendentes e ascendentes – CC, art. 1.845), a significar direito à legítima, tornando-se, pois, partícipe da herança ainda mesmo contra a vontade do outro cônjuge, o que, em determinadas situações, pode configurar indesejável demasia.

A concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes é complexa e de difícil solução, em muitos casos, por relacionada ao regime matrimonial de bens, e devido a conseqüências diversas no valor de sua quota, conforme sejam os descendentes só do autor da herança, ou comuns a ele e ao cônjuge viúvo.

O ponto crucial de debates e reparos diz com a situação isolada e o tratamento diferenciado do companheiro sobrevivente de uma união estável. As normas sobre sua participação na herança foram colocadas nas disposições gerais do direito das sucessões, quando melhor caberiam no capítulo da ordem da vocação hereditária. Mais graves, ainda, as disparidades no trato sucessório, se comparados os dispositivos concernentes ao companheiro com aqueles relativos ao cônjuge, com altos e baixos em favor de um ou de outro, em demonstração de inadmissível descompasso legislativo e distonia com preceitos constitucionais de proteção à entidade familiar, com ou sem casamento.

2. ROL DOS PECADOS: 7 OU SETE VEZES 7

A confusão é geral, com inúmeras discussões doutrinárias e dissenso na incipiente jurisprudência sobre a matéria, que não encontra precedentes no direito pátrio. Não é só pela inovação. Causa espanto o emaranhado dos novos textos legais. São imperdoáveis determinadas omissões. É o que se verá no exame dos principais aspectos controvertidos, que poderiam ser e certamente são em muito maior número que o cabalístico número sete.

Resumem-se, os pontos polêmicos, no campo da sucessão legítima, aos seguintes *pecados capitais*, assim denominados para ressaltar os pontos nevrálgicos do tema em debate:

- *Avareza*: o companheiro não consta da ordem da vocação hereditária (CC, art. 1.829), mas aparece deslocado, em disposição isolada no capítulo das disposições gerais (CC, art. 1.790);

- *Gula*: o companheiro sobrevivente, em certas situações, refestela-se no banquete sucessório, quando recebe a meação sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência e ainda participa na herança com os parentes do morto (CC, art. 1.790 e incisos), em situação de vantagem comparativamente ao que teria o cônjuge sobrevivente (meação, ou só concorrência na herança);

- *Inveja*: de outro lado, o companheiro sofre e se desconsola diante dos critérios e quotas de concorrência com os descendentes, os ascendentes e os colaterais, porque inferiorizado em relação aos paralelos direitos do cônjuge sobrevivente (CC, art. 1790, em confronto com o art. 1.832);

- *Ira*: é de causar irritação o cipoal de condições para a concorrência do cônjuge com os descendentes, na pendência do regime de bens do casamento (CC, art. 1829, *caput*), com omissões e desencontros dos respectivos efeitos jurídicos;

- *Soberba*: os critérios e quotas de concorrência do cônjuge e sua posição de herdeiro necessário revelam superioridade pelos privilégios em relação ao companheiro;

- *Preguiça*: houve-se com desleixo, o legislador, fazendo lembrar o “esqueceram de mim”, quando, nas disposições sobre concorrência do cônjuge ou do companheiro com descendentes, omite a referência a filhos exclusivos do falecido e mais outros filhos por ele havidos na última união; igualmente se omitiu disposição relativa ao direito de habitação do companheiro, em incompreensível distorção do regime legal que antes imperava (Lei n. 8.278/96, art. 7º, par. ún.), e em descompasso com o direito previsto para o cônjuge (CC, art. 1.831);

- *Luxúria*: por fim, afigura-se perigosa a ligação de direitos entre cônjuge e companheiro sobreviventes, dada a previsão de subsistência dos direitos sucessórios do cônjuge separado de fato há menos de 2 anos, ou até por mais tempo, desde que não se apure a sua “culpa mortuária” (CC, art. 1.830).

2.1. COMPANHEIRO FORA DA ORDEM DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A posição sucessória do companheiro não é cuidada no capítulo da vocação hereditária, que consta do art. 1.829 do Código Civil. Acha-se mal alocada, a disciplina da matéria, em dispositivo isolado no capítulo das disposições gerais do título referente ao Direito das Sucessões, como se verifica do art. 1.790.

De lamentar-se a falha de técnica legislativa. Não obstante, é inegável que o companheiro integra a ordem de vocação hereditária, nas condições previstas no referido dispositivo legal. Soa acaciano proclamar que é efetivamente herdeiro ou co-herdeiro quem participa na herança, ou seja, recebe parte da herança em concorrência com descendentes, ascendentes e colaterais do falecido (CC, art. 1.790, inc. I, II e III). Sem falar que o companheiro pode ser contemplado com a totalidade da herança na falta de parentes sucessíveis (CC, art. 1.790, inc. IV). E sua qualidade de herdeiro transparece, igualmente, do art. 1.844 do Código Civil, que cuida da devolução da herança vacante ao Município, na falta de cônjuge, companheiro ou de parentes sucessíveis.

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

Não se compreende a limitação do direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. O companheiro já tem direito de meação sobre tais bens, em face do regime da comunhão parcial previsto no art. 1.725 do Código Civil. Deveria beneficiar-se da herança, isto sim, apenas sobre os bens particulares do falecido, exatamente como se estabelece em favor do cônjuge sobrevivente (art. 1.829).

Da forma como está no texto do Código, pela literalidade do comando, apresenta-se vantajoso ao companheiro o direito sucessório, em comparação com o direito reservado ao cônjuge viúvo, em vista da cumulação, para o primeiro, dos direitos de meação e de herança, o que é um *plus* exacerbado, como se verá em tópico seguinte (item 2.2).

Tudo ficaria bem mais simples, de fácil compreensão e inegável acerto, se o companheiro passasse a figurar no lugar certo, que lhe compete. Esse lugar de honra seria o rol dos herdeiros, ao lado ou em seqüência ao cônjuge, nos precisos termos do artigo 1.829 e incisos do Código Civil.

2.2. COMPANHEIRO EM VANTAGEM: DIREITO A MEAÇÃO MAIS HERANÇA

Da forma como dispõe o art. 1.790 do Código Civil, há situações em que se apresenta vantajoso ao companheiro o direito sucessório, comparativamente ao

cônjuge. É o que sucede quando o falecido só tenha deixado bens havidos onerosamente durante a convivência. Nesse caso, dá-se a cumulação, para o companheiro, dos direitos de meação e de concorrência na herança com descendentes e outros parentes do morto. Diversamente, o cônjuge sobrevivente só tem direito a concorrer na herança com descendentes quando não tenha direito à meação, uma vez que o art. 1.829, inc. I, do mesmo Código faz ressalvas à concorrência se o cônjuge era casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no regime da separação obrigatória de bens; ou, ainda, se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não deixou bens particulares.

Vale insistir que, sobre os bens adquiridos onerosamente durante a convivência, o companheiro já é meeiro, por força do regime da comunhão parcial de bens previsto no art. 1.725 do Código Civil, com nítida inspiração no “condomínio em partes iguais”, que constava do art. 5º da Lei n. 9.278/96, salvo hipótese de contrato escrito dispendo de forma diversa.

Afigura-se demasiado esse favorecimento maior do companheiro em relação ao cônjuge, pois, além da meação sobre tais bens, tem ainda direito a percentual na herança atribuível aos descendentes ou aos ascendentes. Assim, se o autor da herança deixa um único bem adquirido onerosamente durante a convivência, um herdeiro filho e companheira, esta receberá 50% do bem pela meação e mais 25% pela concorrência na herança com o filho. Se o autor da herança fosse casado, nas mesmas condições, o cônjuge-viúvo teria direito apenas a 50% pela meação, restando igual percentagem íntegra para o herdeiro filho.

Se não se admite tratamento discriminatório, prejudicial ao companheiro em outros pontos, tampouco se mostra compatível com o princípio isonômico esse benefício maior que o Código Civil concede a quem não tenha sido casado, sem falar na diminuição que essa atribuição de bens ao companheiro, que já tem a meação, ocasiona aos descendentes do autor da herança.

Trata-se de aspecto de fundamental importância no cálculo da herança atribuída ao companheiro, em confronto com aquela que receberia o cônjuge sobrevivente, revelando inadmissível falta de sintonia nos dispositivos legais. Por que esse tratamento privilegiado? Ninguém explica a contento. Há evidente quebra do princípio isonômico e ofensa ao preceito constitucional de proteção à família, que se supõe justa e equânime, não importa a sua origem. Além disso, vale anotar que o art. 226, § 3º, da Constituição, ao determinar aquele manto protetor sobre a entidade familiar, termina por definir a necessidade de a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora, que facilitação haverá quando se sabe que o companheiro, em determinadas circunstâncias, pode vir a receber herança maior do que aquela atribuível ao cônjuge? O Código se posiciona, com tal dispositivo mais favorável ao companheiro, em prol da manutenção da união estável. Em vez de facilitar, o dispositivo dificulta a conversão da união estável em casamento, assim contrariando o comentado preceito constitucional.

Com efeito, se a Constituição manda que a lei deva facilitar a conversão da união estável em casamento, supõe-se que o casamento seja mais vantajoso, pois ninguém, em sã consciência, haveria de mudar para um estado civil que lhe rebaixe direitos. Ou seja, sob o ponto de vista jurídico, não se concebe que a lei possa outorgar menos direitos ao casado que ao companheiro, porque estaria cometendo uma inversão de valores. Por ser assim, afigura-se paradoxal a norma do art. 1.790, inc. I e II, francamente hostil ao mandamento constitucional, por conceder ao companheiro, além da meação sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência, mais uma participação na herança cabente aos filhos.

Foi como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão relatado pelo des. Ruyter Oliva, ao rejeitar pretensão de companheira sobrevivente à percepção cumulativa de meação e cota na herança dos filhos. Assenta o julgado que o preceito do art. 1.790, inc. II, do Código Civil “comporta interpretação teleológica e sistemática, pois do contrário estar-se-ia admitindo favorecimento maior ao convivente do que em relação ao cônjuge”. E acrescenta que o dispositivo citado “há de ser entendido em conjunto com os arts. 1.725 e 1.829, inc. I, do referido diploma legal, posto que a intenção do legislador certamente não foi autorizar a cumulação dos direitos de meação e herança acarretando diminuição da participação dos herdeiros necessários no acervo hereditário, mas sim evitar que o convivente ou o cônjuge sobrevivente fique desamparado e desprovido dos bens que pertenciam ao falecido”. Em arremate, vista a questão sob o plano constitucional: “Assim, à luz também do preceito contido no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, não há razão de se atribuir também à agravante participação na sucessão do companheiro em concorrência com os descendentes do falecido, sendo pertinente salientar que a pretendida duplicidade de direitos, se admitida, redundaria em prejuízo aos herdeiros necessários, os quais teriam suas quotas diminuídas em benefício da companheira, que já tem uma participação considerável em relação aos bens adquiridos em comum pelos conviventes” (TJSP, 9ª. Câmara. Direito Privado, AI n. 336.392-4/8, j. em 29.06.2004, rel. Ruyter Oliva, em *JTJ*, São Paulo: Lex, vol. 285/278).

Demais disso, o comentado art. 1.790, ao dispor sobre a concorrência do companheiro com os descendentes do falecido, não alude ao regime de bens adotado na união estável, enquanto esse fator é decisivo para admissão dos direitos concorrentes do cônjuge (CC, art. 1.829 – v. item 2.4). Para o companheiro, o regime de bens é irrelevante no plano sucessório, uma vez que o fator diferencial está, unicamente, na origem dos bens havidos pelo autor da herança, bastando que tenham sido adquiridos onerosamente durante a convivência para que se dê o direito em favor do companheiro, no concurso com os descendentes (assim como em relação aos demais parentes sucessíveis). Ora, isto leva, de um lado, a tratamento muito mais favorável ao companheiro que ao cônjuge, pois aquele receberá sua quota na herança atribuída aos descendentes mesmo quando já receba a meação pelo regime legal da comunhão parcial de bens. O mesmo não se dá, em tal hipótese, com o cônjuge sobrevivente, que, em sendo meeiro, por força desse regime de bens, não terá participação concorrente na herança com os descendentes.

São pontos de inadmissível atrito entre os dispositivos legais em confronto, que ainda uma vez conduzem à conclusão de que bastaria incluir o companheiro no rol geral dos herdeiros, em inciso adicional no art. 1.829 do Código Civil, para conserto do *imbroglio* mediante tratamento igualitário ao cônjuge sobrevivente.

2.3. DIREITO DE CONCORRÊNCIA DO COMPANHEIRO

a) Concorrência do companheiro com descendentes

Constitui direito novo em favor do companheiro, sem dúvida, o concurso na herança com descendentes do falecido, tal como se reconhece ao cônjuge sobrevivente, embora com diferentes critérios de atribuição das quotas.

O art. 1.790 do Código Civil disciplina esse direito sucessório sobre bens adquiridos onerosamente durante a convivência, nas seguintes condições:

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

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, o companheiro receberá a metade do que couber a cada um daqueles.

Repete-se, tal qual no art. 1.832 do mesmo Código, relativo ao direito de herança do cônjuge, a indébita distinção entre descendentes *exclusivos*, só do autor da herança, e descendentes *comuns*, havidos em comum pelo autor da herança e pelo companheiro. Acrescente-se a imperdoável omissão da situação híbrida, isto é, de filhos *exclusivos* e de filhos *comuns*, todos com direitos concorrentes na herança.

No paralelo entre companheiro e cônjuge, verifica-se que o primeiro sofre sensível e injustificável desvantagem, em determinadas situações. Basta comparar os dispositivos em comento, – art. 1.790, para o companheiro, arts. 1.829 e 1.832, para o cônjuge, para constatar o seguinte: a) o companheiro nada receberá sobre os bens particulares do outro (havidos antes da convivência, ou, a título gratuito), b) o companheiro terá, pelo direito de concorrência, quota igual à dos filhos *comuns* e somente metade da quota atribuída aos filhos *exclusivos* do autor da herança. Já para o cônjuge, a participação será sempre igual ao valor da quota de cada descendente, com um acréscimo, pela garantia do mínimo da quarta parte da herança quando a disputa se der com filhos *comuns* ao falecido e ao próprio cônjuge sobrevivente.

A diversidade de critérios de atribuição da herança, conforme sejam os filhos descendentes *comuns* ou *exclusivos* do autor da herança constitui fator de complicação no momento da partilha. Não quando houver filhos apenas de uma ou de outra dessas origens, pois, em tais hipóteses, o cálculo é muito fácil, bastando dar ao companheiro quinhão igual ao do descendente *comum* e apenas metade do quinhão devido ao filho *exclusivo*. A dificuldade virá, isto sim, quando houver filhos de híbrida origem, ou seja, alguns havidos só pelo autor da herança (com terceira pessoa) e outros em comum com o companheiro, situação essa que foi esquecida pelo legislador (v. item 2.6).

b) Concorrência do companheiro com ascendentes e colaterais

Nesse ponto, revelou-se concisa a disposição do art. 1.790 do Código Civil, ao determinar, no inc. III, que o companheiro terá direito a um terço da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis. Incluem-se, nessa categoria, os ascendentes do falecido e, na sua falta, os colaterais até o quarto grau.

Com relação aos ascendentes, adequado se mostra o concurso do companheiro e compatível a quota que lhe é atribuída, de um terço, restando igual quota para cada um dos pais, se ambos sobreviventes. Sendo pré-morto um dos ascendentes, o sobrevivente terá vantagem de ficar com os dois terços da herança, ficando o companheiro com o terço restante. O mesmo valor será devido ao companheiro se concorrer com ascendentes de maior grau (avós, etc.). Nesses casos, leva vantagem o cônjuge, porque recebe a metade da herança (v. item 2.5).

Mais crítica e dificultosa ao companheiro é a disposição de que fique sujeito a concorrer também com os demais parentes sucessíveis, quais sejam os colaterais até o quarto grau (primos). Trata-se de evidente retrocesso no critério do anterior sistema protetivo da união estável (Lei n. 8.971/94, art. 2º), que situava o companheiro em terceiro lugar na ordem da vocação hereditária, recebendo a totalidade da herança na falta de descendentes e de ascendentes do falecido. Manifesto o descompasso, também, com a posição sucessória do cônjuge, que precede aos colaterais (CC, art. 1.838).

2.4. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES: DEPENDE DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO

Cônjuge e descendentes são os primeiros na ordem da vocação hereditária. Mas nem sempre. O artigo 1.829 do Código Civil estabelece a regra geral de que o cônjuge concorre com os descendentes, salvo se tiver sido casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não tiver deixado bens particulares.

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 artigo 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...

Por análise *a contrario sensu*, sempre com os mesmos riscos de não caber generalização, poder-se-ia interpretar que o art. 1.829 admite a concorrência do cônjuge com descendentes nas hipóteses de casamento sob regime não excepcionado, ou seja, no de separação convencional de bens, de participação

final nos aquestos e, havendo bens particulares, também no regime da comunhão parcial.

Vejam-se os pontos controvertidos, em cada um dos regimes de bens:

Regime da separação convencional de bens. Uma vez que não consta do rol de exceções do art. 1.829 do Código Civil, este regime permite a concorrência do cônjuge sobrevivente com os herdeiros descendentes do falecido.

No entanto, o douto e saudoso Prof. Miguel Reale, que presidiu a comissão elaboradora do projeto de Código Civil, afirmou, em artigo publicado no jornal *O Estado de São Paulo* (ed. de 12 de abril de 2003, p. 2), que não cabia o concurso na herança por parte do cônjuge sobrevivente casado no regime da separação convencional de bens, ante a vedação da concorrência para o casado no regime da separação obrigatória.

Com o maior respeito ao eminente autor, tem prevalecido, no entanto, a interpretação doutrinária de que 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 (CC, art. 1.687 do CC), obsta ao direito de meação mas não impede o direito de concorrência do cônjuge sobre a quota hereditária dos descendentes. Seria uma compensação, a concessão de parte da herança em vista da falta da meação.

Considere-se, no entanto, a possível aquisição conjunta de bens pelos cônjuges, em que cada qual fica com o direito à metade; ou a hipótese de ambos receberem bens em doação ou por testamento com cláusula de comunicabilidade. Serão, portanto, condôminos. Em tais casos, haverá o direito de herança cumulativo com o direito à metade do bem comum, em situação mais vantajosa do que seria na hipótese de casamento sob o regime da comunhão universal ou da comunhão parcial de bens (nos quais não haveria o direito de concorrência).

Ainda a respeito do regime da separação de bens, cabe anotar que sua estipulação por escritura de pacto antenupcial pode levar à separação total e absoluta ou à separação limitada, restrita a certos bens da herança. Nessa última situação, de separação de certos bens, mas não de todos, como fica a concorrência do cônjuge na herança atribuída a descendentes do autor da herança? À letra fria da lei, como não há ressalva no art. 1.829, inc. I, do Código Civil, o concurso se estenderia a todos os bens, beneficiando duplamente o cônjuge sobrevivente, com direitos de meação e de sucessão concorrente. Não é a melhor solução, essa, dadas as conseqüências que vão muito além do permitido no regime comunitário. Há de se entender, por coerência com o sistema legal sucessório, que o cônjuge somente terá o direito de concorrer na herança sobre os bens particulares do falecido, isto é, aqueles que efetivamente estejam sob o pálio do regime da separação de bens.

Regime da separação obrigatória de bens. Ao mencionar este regime como exceção à concorrência do cônjuge, o Código Civil, no comentado art. 1.829, cometeu duplo equívoco: primeiro, ao mencionar, como referência, o art. 1.640, par. único, quando o assunto compete ao art. 1.641; depois, por partir do

pressuposto de que, nesse regime, não havendo possibilidade de meação, tampouco deve haver o direito de herança.

Ora, na separação convencional, como já visto, o critério é outro, a permitir concorrência exatamente para compensar a falta da meação. Por que, então, rigor maior no caso de separação legal de bens, em que a vontade das partes não conta, mas só o imperativo da norma restritiva de direitos, nem sempre compreendida, especialmente nos casos de maiores de sessenta anos? Então, para os idosos, além da proibição da escolha do regime matrimonial de bens, nega-se, igualmente, o direito ao recebimento da herança em concorrência com descendentes, o que significa, em determinadas circunstâncias, a negação assistencial primária aos bens da vida.

Dir-se-á que os casados nesse regime de separação obrigatória têm direito aos bens aquestos, nos termos da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Discutível. A súmula é antiga, editada segundo os parâmetros legais do Código revogado, pode não merecer aplicação no atual sistema jurídico. De qualquer forma, bom lembrar que nem sempre é dado aos idosos formar novo patrimônio, até mesmo por causa do avanço da idade e da reduzida capacidade de trabalho.

O que se conclui, na situação retratada, é que o Código foi por demais severo e injusto para os casados no regime da separação obrigatória, parecendo que deveria, ao invés, ter seguido o modelo de concorrência admitido para os casados no regime da separação convencional de bens.

Regime da comunhão universal. Para os casados neste regime, em que se comunicam todos os bens presentes e futuros dos cônjuges (CC, art. 1.667), não há direito de concorrência na herança com os descendentes, conforme a clara exceção da lei.

Embora pareça lógico que seja assim, para evitar a cumulação de benefício hereditário com o direito de meação na partilha dos bens, é preciso apontar situações nas quais, apesar do regime comunitário, o cônjuge não tem direito de meação, por subsistirem bens incomunicáveis.

Pode até mesmo ocorrer que o único bem deixado pelo autor da herança seja dessa natureza, tipicamente particular, como no exemplo de um imóvel que lhe tenha sido atribuído por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade (art. 1.668, inc. I, do Código Civil). Em tal hipótese, o cônjuge viúvo não teria direito de meação e nem direito concorrente de herança. Mas é rigor inadmissível, se comparado com o casamento no regime da separação convencional de bens, que admite a concorrência do cônjuge na herança sobre os bens deixados pelo falecido, apesar de incomunicáveis.

Regime da comunhão parcial. Não são menores os entraves no que diz respeito ao regime da comunhão parcial de bens, que é o regime legal dos casados, dispensando pacto antenupcial, para comunicação dos bens que sobrevierem ao casal, com as exceções dispostas na lei (CC, arts. 1.658 e 1.659). A questão é saber se há ou não concorrência do cônjuge viúvo na herança atribuída aos descendentes, e em que limites ou sobre quais bens se opera esse transmissão participativa. Tudo por causa da confusa redação do comentado art.

1.829, inc. I, do Código Civil, que principia com a regra geral da concorrência e depois coloca o “salvo se”, referindo-se ao casado no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens. Na seqüência, separada por ponto e vírgula, vem nova ressalva: “ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”. Dependendo de como se harmonizem a preposição “salvo” e a conjunção condicional “se”, uma independente da outra, ou uma em complemento da outra, pode concluir-se que a concorrência do cônjuge com os descendentes acontece: a) no regime da comunhão parcial, não havendo bens particulares, ou, pelo contrário b) no regime da comunhão parcial, havendo bens particulares.

O assunto é difícil, motiva acesas controvérsias. Sua solução, porém, há de vir em harmonia com o sistema legislativo. A idéia é excepcionar da concorrência na herança o cônjuge casado no regime da comunhão universal de bens porque, nesse caso, havendo direito de meação, não há direito de herança em concurso com os descendentes. Sendo excludentes os direitos de meação e de herança, razão não se vislumbra para que, no casamento sob o regime da comunhão parcial, sem bens particulares, houvesse a somatória em favor do cônjuge meeiro, para também receber parte da herança atribuída aos descendentes.

Afigura-se correto e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes dá-se apenas quando, no casamento sob o regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, como igualmente ocorre no regime da separação convencional de bens.

Regime da participação final nos aquestos. Neste regime, que constitui novidade em nosso sistema legislativo, o cônjuge participa dos bens adquiridos pelo outro conforme se apure ao final da sociedade conjugal (CC, art. 1.672). Há uma similitude com o regime da comunhão parcial, em que a meação se dá sobre os bens havidos onerosamente durante a convivência, com partilha na ocasião da separação, do divórcio ou da extinção do casamento por morte.

Tendo em vista que esse regime não consta das exceções dispostas no comentado art. 1.829, poder-se-ia concluir que admite a concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança, em qualquer situação, ou seja, mesmo nos casos em que participe dos bens, como efetivo meeiro. Não deve ser a melhor solução, pelo injustificável prêmio ao cônjuge sobrevivente, nessas circunstâncias. Se o casado no regime da comunhão parcial não tem direito a concorrer sobre os bens comuns, porque seria mais bem atendido o casado no regime da participação final nos aquestos? A solução analógica, diante do manifesto cochilo legislativo, repousa na conclusão de que nesse regime, igualmente, o cônjuge sobrevivente somente teria o direito de concorrer na herança sobre os bens particulares do falecido, não sobre aqueles nos quais já tenha participação equivalente à meação.

Como visto, diante da análise dos diversos regimes de bens no casamento, a redação do art. 1.829 do Código Civil carece de precisa técnica, ao assegurar, como regra geral, o direito de concorrência do cônjuge sobrevivente com os

descendentes, para em seguida estabelecer as exceções para as hipóteses de casamento no regime da comunhão universal, no da separação obrigatória, ou “se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”. Teria sido melhor a disposição em ordem direta, com a enumeração dos regimes de bens determinantes da concorrência hereditária do cônjuge sobrevivente. Os regimes que não constassem, seriam naturalmente aqueles em que a concorrência não vinga. Ou, mais simplesmente ainda, dispor, o art. 1.829 do Código Civil, que se habilita a concorrer na herança o cônjuge que não tenha direito à meação, seja pelo regime adotado no casamento, seja por condomínio ou mesmo por aquisição gratuita.

2.5. CRITÉRIOS E QUOTAS DO CÔNJUGE AO CONCORRER NA HERANÇA

a) Concorrência do cônjuge com os descendentes.

Atendido o pressuposto do regime de bens adotado no casamento, apura-se o direito de concorrência do cônjuge, em havendo descendentes, para encontro do valor de sua quota participativa.

Assim dispõe o art. 1.832 do Código Civil, atribuindo 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”.

Como se vê, o valor do quinhão é igualitário, ou seja, a mesma quota cabível ao descendente, mas com importante distinção, dependendo da origem familiar dos descendentes, ou seja (a) filhos comuns ao falecido e ao cônjuge, ou (b) filhos exclusivos do falecido com outra pessoa.

Considera-se, pois, o quinhão individual de cada um, como parâmetro para a mesma atribuição ao cônjuge. Se forem até três filhos, não há dificuldade, o cônjuge concorre como um herdeiro a mais, atribuindo-se a herança em quotas de igual valor. Exemplo: três herdeiros filhos e mais o cônjuge – cada qual recebe $\frac{1}{4}$ da herança.

A complicação vem com o maior número de filhos comuns. Se forem mais de três, em concorrência com o cônjuge, este tem a garantia de $\frac{1}{4}$ da herança. Exemplo: quatro filhos comuns e mais o cônjuge - este recebe a quarta parte da herança, ou seja, 25%; os filhos recebem 75%, cabendo, portanto, 18,75% a cada um.

Diversamente, se os filhos forem exclusivos do autor da herança, porque tidos de outra união, o cônjuge sobrevivente não terá direito àquela reserva de quarta parte da herança; receberá, de forma simples, o mesmo quinhão atribuído a cada um dos herdeiros, não importa quantos sejam. Exemplo: quatro filhos exclusivos do falecido e mais o cônjuge – este recebe a mesma quota atribuída a cada um dos filhos, ou seja, cada qual recebe $\frac{1}{5}$, ou 20% da herança.

Enseja crítica essa distinção dos filhos pela sua origem, levando a dificuldades no cálculo nas hipóteses de garantia da quarta parte da herança ao

cônjuge, diversamente do que se estipula em relação ao companheiro, em que a complicação é de outra ordem (quota igual à dos filhos comuns e meia quota na concorrência com filhos exclusivos). Por que não o mesmo sistema, para cônjuge e para companheiro, independentemente da origem dos filhos concorrentes?

Mas a falha maior, com embaraços ao cálculo, que o legislador não previu, foi a co-existência de filhos comuns e de filhos exclusivos, em situação híbrida. Essa tormentosa questão será analisada adiante (item 2.6).

b) Concorrência do cônjuge com ascendentes

Não havendo descendentes, são chamados a suceder os ascendentes do falecido, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Aqui não importa o regime de bens, o cônjuge concorre sempre.

O modo de cálculo é previsto no art. 1.837 do Código Civil, em critério eqüitativo: 1/3 da herança ao cônjuge, quando concorre com ascendentes de primeiro grau (pais do falecido); 1/2 da herança se concorre com um só ascendente, ou com ascendentes a partir do segundo grau (avós etc.).

O sistema é simples, dispensa maiores indagações e tem semelhança com o critério esposado para o companheiro, com a só diferença de que este recebe, em qualquer hipótese, apenas o terço da herança concorrente.

2.6. GRAVES OMISSÕES: FALTA DE PREVISÃO DA QUOTA DO CÔNJUGE, OU DO COMPANHEIRO, EM CONCORRÊNCIA COM FILHOS EXCLUSIVOS E COMUNS; E OMISSÃO DO DIREITO DE HABITAÇÃO AO COMPANHEIRO

a) “Esqueceram de mim”, pode dizer-se com relação à concorrência com filhos comuns e mais os filhos exclusivos.

Com efeito, o Código Civil, ao dispor sobre os direitos de concorrência do companheiro e do cônjuge sobrevivente com descendentes do falecido (arts. 1.790 e 1.832), estabelece os critérios de cálculo das quotas conforme sejam os filhos exclusivos ou comuns, mas incide em grave omissão por nada prever com relação a hipóteses de filhos de uma e de outra origem, que poderíamos apelidar de filhos *híbridos*.

São conhecidos os casos de pessoas que se casam trazendo filhos de anteriores uniões e que vêm a ter filhos em comum. Dizem-se “os meus, os seus e os nossos”. Pode ocorrer, ainda, que no curso do casamento ou da união estável, assim como após sua dissolução, sobrevenham outros filhos de qualquer das partes.

Em face do esquecimento do legislador, deixando de regular tais hipóteses de concorrência sucessória (dos filhos exclusivos do falecido e dos comuns ao cônjuge sobrevivente), paira dúvida se estaria assegurada, ou não, quarta parte da herança do cônjuge sobrevivente, no que toca à parte atribuída aos filhos de que seja também ascendente; e se o companheiro teria quota igual à dos filhos ou apenas meia quota.

Poder-se-ia pensar num cálculo proporcional, resguardando-se, na hipótese do cônjuge, a quarta parte da herança somente com relação aos filhos “comuns” e fazendo-se a partilha igualitária, sem aquele mínimo de um quarto, com relação aos herdeiros “exclusivos”. Não será uma conta fácil de ser realizada, ante a variação de percentuais conforme o número de herdeiros descendentes e sua ascendência comum ou exclusiva. Demais disso, percebe-se que o resultado dessa partilha diferenciada pela origem dos descendentes leva a uma distinção valorativa das quotas recebidas por uma e por outra categoria de filhos. Ou seja, os herdeiros filhos, embora situados no mesmo grau de parentesco, receberão valores diversos, numa conseqüência de trato sucessório que afronta o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal, art. 227, § 6º, e também no Código Civil, art. 1.834.

Na impossibilidade de uma atribuição proporcional da herança, surgem outras soluções conciliatórias, de opção pela reserva da quarta parte da herança ao cônjuge: a) sempre que houver um ou mais filhos “comuns”, ou b) somente quando todos os filhos forem assim considerados. São soluções antagônicas, que se contrapõem, ora em prejuízo à quota dos filhos “exclusivos”, ou em negativa à participação maior do cônjuge relativamente aos filhos “comuns”. O mesmo se diga com relação ao companheiro concorrente com aquelas espécies de filhos.

O tema tem sido apreciado por diversos autores, com destaque para os escritos e as palestras da Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, apontando alternativas possíveis para efetivação da partilha na concorrência entre cônjuge e herdeiros filhos de híbrida origem, com fundamentada crítica a cada uma das soluções alvitadas, terminando por concluir que, por ausência de farol legislativo, bem difícil se mostra obter uma decisão final e pacificadora (“Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes”. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil – questões controvertida*, São Paulo: Método, 2003, p. 417).

Para evitar a situação de incontornável óbice jurídico, pode-se interpretar a regra atributiva do art. 1.832 em caráter restritivo, ou seja, de que o cônjuge somente terá assegurada a quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. A mesma solução cabe ao companheiro, que só teria a quota integral quando em concurso com filhos todos comuns.

Considere-se, em fundamento adicional a essa conclusão, a prioridade dos descendentes na ordem de chamamento à herança. São herdeiros de primeira classe, assim à frente do cônjuge e do companheiro, aos quais se reserva o direito co-participativo na herança. Isto leva a entender que a preservação do direito do cônjuge à quarta parte dos bens, ou da quota inteira ao companheiro, atenha-se à hipótese de serem todos os herdeiros filhos comuns ao autor da herança, por isso que se garante ao concorrente maior proteção sucessória do que se houvesse filho exclusivo do falecido.

Muito mais simples e preciso, portanto, teria sido o legislador, se não fizesse aquela distinção de critérios, limitando-se a deferir ao companheiro determinada quota da herança em concurso com os descendentes, à semelhança

do que seja devido a favor do cônjuge, de modo a evitar litígios na forma de atribuição dos bens em concurso com os descendentes, não importa a sua origem.

b) Esquecimento ou proposital omissão do direito de habitação do companheiro?

O direito real de habitação é assegurado apenas ao cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.831 do Código Civil, até com mais largueza do que no Código revogado, pois a benesse subsiste em qualquer regime de bens e mesmo que o viúvo venha a contrair nova união. Mas nada consta no Código a respeito do direito de habitação do companheiro sobrevivente, que figurava na Lei n. 9.278/96, art. 7º, parágrafo único.

Excedeu-se, o legislador, ao deixar em aberto o direito de habitação, sem condicioná-lo ao período da viuvez. Melhor seria que mantivesse o critério da lei anterior e até lhe melhorasse a redação, dispondo que o viúvo manteria o direito de continuar morando no imóvel que servira de residência ao casal enquanto não tivesse nova união ou casamento.

Também enseja reparo a ressalva do art. 1.831 (a repisar quanto constava do Código revogado, no art. 1.611, § 2º), no sentido de limitar o direito real de habitação ao imóvel residencial que seja “o único daquela natureza a inventariar”. Trata-se de restrição incompreensível na medida em que, se o casal possuía duas ou mais residências (como nas hipóteses de casas de veraneio), evidente se afigura que o direito de habitação, antes ampliado, deveria manter-se, deixando à livre escolha do viúvo a permanência neste ou naquele prédio residencial. Tal a solução conciliatória diante do impasse legislativo, para não chancelar a injustiça de negar o direito de habitação ao cônjuge: em havendo diversos imóveis de natureza residencial, pode continuar residindo num dos prédios, à sua escolha, com preferência para a moradia que se fosse a prioritária do antigo casal.

No que se refere ao companheiro, a falha legislativa em lhe não prever o direito de habitação há que se interpretar como simples cochilo e não como “silêncio eloquente”, que significasse negativa ou formal recusa.

Ao intérprete cabe suprir o vácuo normativo, invocando a equidade e as regras da analogia, para estender ao companheiro o direito de continuar vivendo na moradia da entidade familiar. Com isso se evita a absurda solução de perda da habitação pelo companheiro sobrevivente, com sérios prejuízos pessoais especialmente nos casos em que não tenha direito de meação e nem de participação na herança.

Mais se invoque, nesse sentido, o direito real da habitação assegurado ao companheiro na Lei n. 9.278/96, cujo artigo 7º, parágrafo único, não foi revogado pelo Código Civil e se coaduna com igual preceito atinente ao cônjuge sobrevivente.

Como argumentos adicionais, a norma protetiva do bem de família legal, constante da Lei n. 8009/90, e os direitos de sub-rogação na locação, assegurados nos arts. 11 e 12 da Lei n. 8.245/91, tudo a garantir que a mesma

proteção se estenda nos casos de viuvez do companheiro, como complemento necessário dos seus direitos sucessórios.

2.7. CÔNJUGE SEPARADO DE FATO – DIREITO SUCESSÓRIO, EXAME DA CULPA E POSSÍVEL CONCORRÊNCIA COM O COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

Ao reconhecer o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, mesmo quando separado ao tempo da morte do outro, o art. 1.830 do Código Civil, em sua segunda parte, avança o sinal ao acrescentar que, se as partes estavam separadas de fato há mais de dois anos, o cônjuge sobrevivente não terá direito à herança, salvo se comprovar que a convivência se tornara impossível sem culpa sua.

Com isso se pretendeu dar solução a antigo questionamento do direito sucessório do cônjuge que, embora ainda conservasse o vínculo do casamento, estivesse de há muito separado de fato e, não raro, já convivendo com terceira pessoa. Essa é uma situação muito comum em nosso meio social, especialmente em áreas de pobreza e rebaixamento cultural. Muitos casais preferem o simples distanciamento físico pela ruptura da vida em comum, sem oficializar o desate da vida conjugal por meio de ação de separação ou de divórcio. Então, vindo um dos cônjuges a falecer, enfrenta-se a questão de participação na herança por parte do sobrevivente, tido como viúvo, embora já não convivesse com o extinto.

A solução trazida pelo novo Código resolve em parte o problema, uma vez que o direito de herança do cônjuge sobrevivente subsiste apenas: a) para os separados de fato até há dois anos, ou b) para os separados de fato há mais de dois anos, desde que não provada a culpa do cônjuge sobrevivente.

Mas, sobre não ser uma solução completa, uma vez que faz subsistir o direito sucessório do cônjuge separado de fato nas condições acima, enseja críticas no tocante a outros aspectos de sua aplicação prática.

Num primeiro exame, afigura-se excessiva a estipulação do prazo de dois anos de ruptura da vida em comum, bastando que se compare com o prazo de um ano de separação de fato, suficiente para a separação judicial sem culpa (art. 1.572, § 1º, do Código Civil, como igualmente dispunha o art. 5º, § 1º, da Lei n. 6.515/77).

Demais disso, o dispositivo introduz a possibilidade de discussão da “culpa mortuária” no corpo do processo de inventário, para apuração das causas da separação de fato, exigindo o incursionamento das partes às vias ordinárias, por se cuidar de questão de alta indagação, pendente de dilação probatória.

Mais avulta o absurdo da situação criada pelo legislador quando se sabe que a separação de fato prescinde da discussão de culpa nos processos de separação judicial pelo decurso do tempo (um ano), ou de divórcio (dois anos), pois constitui fato objetivo por si só suficiente ao reconhecimento da falência da sociedade conjugal.

A quem caberia provar que a separação de fato se deu por culpa do cônjuge sobrevivente? Não a este, certamente, pois basta que se habilite como viúvo, comprovando o casamento com o autor da herança. Aos terceiros interessados, então, que seriam os herdeiros em concorrência – descendentes, ascendentes, ou os colaterais, como também eventual ex-companheiro do falecido -, é que pesaria o encargo de provar que a ruptura da vida conjugal se deu por culpa do cônjuge, mediante a exibição de documentos hábeis ou por meio de ação própria.

Teria sido melhor que o legislador afastasse o direito à sucessão tão só pela comprovada separação de fato, sem perquirição de sua causa, em vista dos efeitos jurídicos da ruptura da vida em comum com relação ao término da sociedade conjugal e do próprio casamento.

As considerações valem por comparação com a situação de companheiro sobrevivente, que, em face do caráter informal da união, somente receberá a herança se mantida a convivência até a da morte do seu parceiro. Se ocorrida a dissolução da vida em comum anteriormente à abertura da sucessão, ainda que sem desate judicial, não exsurge aquele direito sucessório.

Cumpra acrescentar que a permanência do direito sucessório do cônjuge separado de fato pode constituir sério entrave para muitos processos de separação judicial ou de divórcio. Na expectativa da morte do outro, o que não tenha bens próprios estará sempre animado a conservar seu *status* de virtual herdeiro.

Tenha-se em mente, por outro lado, que o cônjuge separado de fato pode constituir união estável com outra pessoa. A tanto permite o art. 1.723, § 1º, do Código Civil, sem exigir prazo da separação de fato. Em tal hipótese, vindo a falecer o cônjuge separado de fato e unido a outrem, deixará cônjuge e companheiro sobreviventes, ambos com direitos concorrentes na herança, sob a condição de que o primeiro não esteja separado de fato há mais de dois anos ou que, em prazo maior, não tenha sido o culpado pela quebra da convivência. Imagine-se o enorme litígio a ser desenvolvido no processo de inventário, para definição de quem terá o direito à sucessão, mesmo porque o Código não prevê qual dos dois, o cônjuge ou o companheiro, teria direito prioritário, ou se, em tal hipótese, haveria a partilha dos bens por metade a cada qual.

Na verdade, tanto o cônjuge separado de fato quanto o companheiro sobrevivente teriam direito à concorrência na herança, ou, conforme o caso, à totalidade da herança. Ao cônjuge se assegura direito sucessório nos arts. 1.832, 1.837 e 1.838 do vigente Código Civil. Ao companheiro, a concorrência na herança é prevista no art. 1.790, incisos I a III, bem como o recebimento da totalidade (inc. IV), no caso de não haver parentes sucessíveis. Se a um e a outro se garante a herança, quando coexistam após a abertura da sucessão do antigo cônjuge ou companheiro, fatalmente haverá que se equilibrar a partilha entre os referidos co-herdeiros, na proporção dos quinhões que lhes sejam garantidos na lei.

Ainda maiores litígios podem ocorrer, além das que tocam ao cônjuge e ao companheiro, na intrincada situação de estarem a concorrer com descendentes ou outros parentes sucessíveis. Neste caso, haveria também o conflito do cônjuge com os outros herdeiros, como os filhos do falecido, especialmente quando havidos de outra união e os demais parentes na ordem de chamamento hereditário. Aos herdeiros certamente não interessará repartir a herança com o cônjuge viúvo, de sorte que iriam batalhar para sua exclusão sob a pecha de culpa na separação de fato acaso existente por mais de dois anos.

Para evitar tamanha balbúrdia, com os lamentáveis reflexos que certamente ocorrerão na exegese doutrinária e em sede de jurisprudência, bastaria que o legislador simplesmente afastasse o direito à herança por parte do cônjuge que não estivesse convivendo com o outro à data do falecimento, sem necessidade de fixar prazo tão longo. Seria razoável, quando muito, prazo não excedente a um ano, sem qualquer referência ao fator culpa. A ocorrência desse tempo de afastamento, por si só, justifica o pedido de separação judicial do casal, de modo que também deveria excluir subsistência de direito sucessório entre os cônjuges. E nem haveria risco de confusão com direitos de companheiro, dado que a união estável, para que se configure com todos os requisitos legais, exige certa duração temporal, que geralmente (embora nem sempre) excede aquele prazo.

III. CONCLUSÃO

De quanto exposto, verifica-se que o Código Civil em vigor, ao determinar fortes alterações na ordem da vocação hereditária, com uma nova forma de sucessão legítima, apesar do intuito de aperfeiçoamento da legislação anterior, com louvores para o reforço da posição sucessória do cônjuge, enseja múltiplos e sérios reparos por falhas de técnica redacional, omissões de determinados situações fáticas na aplicação do ganho sucessório e injustificável diferenciação entre os direitos do cônjuge e os do companheiro, isoladamente ou em concurso com parentes sucessivos, fazendo pender a balança ora para um, ora em favor do outro, em indisfarçável quebra do princípio axiológico de proteção à entidade familiar, que consta do artigo 226 da Constituição Federal brasileira.

Por isso as críticas endereçadas aos *pecados capitais* do novo direito sucessório, reduzidos a setepontos básicos, sem afastar outros aspectos que ensejariam observações construtivas para o necessário aperfeiçoamento do sistema.

O que se pretende, em síntese, é a melhor disposição da matéria no livro do direito das sucessões, atendendo ao binômio de igualação no tratamento dispensado ao cônjuge e ao companheiro e de simplificação na atribuição dos quinhões hereditários na concorrência com os descendentes, bem como nas situações em que o cônjuge estivesse separado de fato ao tempo do falecimento do autor da herança. (*)

(*) Para aprofundamento no estudo da matéria e verificação de propostas de mudança no livro do Direito das Sucessões, ver a obra *Direito de Herança* (deste autor, São Paulo: Saraiva, 2005, especialmente págs. 81 a 141, 148 a 180

e 193 a 203), de cuja fonte foram extraídos alguns comentários resumidos neste artigo. Consultar, também, os artigos de doutrina no site www.ibdfam.org.br, e o texto do projetado “Estatuto das Sucessões”, elaborado pelo IBDFAM.

São Paulo, 27 de dezembro de 2007.