

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

José Roberto Hoffmann Filho

**A (in)aplicabilidade da reserva legal prevista no art. 1.832 do Código Civil em casos de
sucessão híbrida**

Florianópolis

2021

José Roberto Hoffmann Filho

**A (in)aplicabilidade da reserva legal prevista no art. 1.832 do Código Civil em casos de
sucessão híbrida**

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
de Santa Catarina como requisito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª Dra. Dóris Ghilardi

Coorientadora: Áudrea Pedrollo Lago

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Hoffmann Filho, José Roberto

A (in)aplicabilidade da reserva legal prevista no art. 1.832 do Código Civil em casos de sucessão híbrida / José Roberto Hoffmann Filho ; orientadora, Dóris Ghilardi, coorientadora, Áurea Pedrollo Lago, 2021.

88 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito das Sucessões. 3. Direito de Família. 4. Sucessão Híbrida. I. Ghilardi, Dóris. II. Lago, Áurea Pedrollo. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A (in)aplicabilidade da reserva legal prevista no art. 1.832 do Código Civil em casos de sucessão híbrida**”, elaborado pelo acadêmico “**José Roberto Hoffmann Filho**”, defendido em **12/05/2021** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10,0 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 12 de maio de 2021



Documento assinado digitalmente

Doris Ghilardi

Data: 17/05/2021 10:20:46-0300

CPF: 019.330.739-18

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Dóris Ghilardi (ASSINATURA DIGITAL)
Professora Orientadora



Documento assinado digitalmente

Ádrea Pedrollo Lago

Data: 17/05/2021 12:47:51-0300

CPF: 104.066.249-84

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Ádrea Pedrollo Lago (ASSINATURA DIGITAL)
Coorientadora



Documento assinado digitalmente

JORGE NUNES DA ROSA FILHO

Data: 17/05/2021 11:36:55-0300

CPF: 006.956.469-82

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Jorge Nunes da Rosa Filho (ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca

Franciny Ellen da Silveira (ASSINATURA DIGITAL)
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: José Roberto Hoffmann Filho

RG: 5.689.686

CPF: 103.851.949-78

Matrícula: 16101208

Título do TCC: A (in)aplicabilidade da reserva legal prevista no art. 1.832 do Código Civil em casos de sucessão híbrida

Orientadora: Dóris Ghilardi

Eu, José Roberto Hoffmann Filho, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 12 de maio de 2021.

JOSÉ ROBERTO HOFFMANN FILHO

Dedico este trabalho a minhas irmãs Priscila e Luana,
que desde que o comecei a escrever, trabalham duramente
no enfrentamento da pandemia do COVID-19.

AGRADECIMENTOS

A parte dos agradecimentos deste TCC foi uma das que eu estava mais ansioso para fazer. Talvez pela ânsia de dizer meu obrigado a todos que percorrem este caminho comigo até o presente momento, ou talvez pelo medo de esquecer algum nome e deixar alguém de fora, há muitas pessoas e motivos que me fazem ser grato.

Pensando nisso, lembrei de uma música do Legião Urbana, inspirada numa passagem bíblica, que me toca muito e que em um de seus versos diz "ainda que eu falasse a língua dos homens e falasse a língua dos anjos, sem amor eu nada seria". Por isso, utilizarei dessa licença poética para escrever esta página, agradecendo a cada um que, de seu modo, me deu alguma dose de amor.

O primeiro amor que quero agradecer é o amor de Deus, o amor ágape, que se entrega e é incondicional. Se hoje cheguei até aqui com tantos motivos pra ser grato, foi porque Deus cuidou do meu caminho e colocou nele as pessoas certas. Meu Deus, mesmo não podendo te ver nem te tocar, sei que estás comigo.

O segundo amor, tão genuíno quanto, é o amor da minha família. Meus pais, minhas irmãs, meus sobrinhos e meus cunhados, eu sou muito grato pelo afeto nutrido por vocês. Minhas irmãs, ainda adolescentes, me criaram como um filho e meus pais, mesmo diante das dificuldades, moveram montanhas para desenhar um futuro melhor pra mim. Obrigado por tudo, minha gratidão é enorme.

O terceiro amor presente em minha vida é o amor dos meus amigos. Pra mim, a amizade é um dos sentimentos mais puros e verdadeiros que podemos sentir por alguém, pois é uma escolha: você escolhe entregar seu amor àquela pessoa que cruzou seu caminho, chamando-o de amigo. E quantos amigos tenho a agradecer. Por onde passei, criei laços e histórias com pessoas que carrego no meu coração. Tenho amigos de infância, dos primos, de escola, de gincana, do curso de Direito, dos estágios, do trabalho, do meu cross, do intercâmbio, das viagens, do Nordeste, do Rio, do mundo, da internet, da vida... pessoas que, dia a dia, me doam um pouco de seu amor. Meus amigos, eu amo todos vocês!

Por fim, quero agradecer àqueles que, pelo amor ao ensino e à educação, doaram um pouco do seu conhecimento a mim, professores que passaram pela minha vida desde a escola até chegar ao CCJ. Esse agradecimento se estende também aos membros desta Banca, Professora Dóris, Áudrea, Franciny e Jorge. Ainda, não poderia terminar esse trabalho sem agradecer a uma das professoras mais brilhantes que conheci durante a graduação: Professora Kelly. Saiba que, no momento em que tive dúvidas se deveria continuar no curso, foram suas

aulas cativantes e seu amor pelo ensino que me fizeram continuar e estar hoje aqui, concluindo o curso. Um obrigado especial também merece minha amiga Valeriana, que me ajudou em tudo que precisei ao longo desta pesquisa. Vale, você vai longe!

Encerro dizendo: muito obrigado, o amor de vocês fez com que eu chegasse até aqui com a certeza de que não estou sozinho. Contem comigo.

RESUMO

As transformações ocorridas ao longo do tempo na entidade familiar fizeram com que a existência de famílias mosaico ou reestruturadas aumentasse significativamente. Em razão disso, tornou-se comum a ocorrência de sucessões em que coexistem filhos comuns e filhos exclusivos do falecido. Contudo, a legislação nem sempre acompanha estas evoluções, de forma que há lacunas no ordenamento jurídico quando se trata das hipóteses de concorrência em sucessão híbrida. Este Trabalho de Conclusão de Curso objetiva, portanto, investigar a aplicabilidade do instituto da reserva legal ao cônjuge concorrente nas hipóteses de sucessão híbrida com mais de três descendentes. Para isso, inicialmente são resgatados conceitos importantes do Direito de Família, a fim de explicar a pluralidade de vínculos afetivos existentes num núcleo familiar. Após, é realizada a abordagem do Direito Sucessório, adentrando-se na temática da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes. Por fim, chega-se ao conceito de reserva legal e a discussão acerca da sua aplicabilidade na sucessão híbrida. Nestes casos, a doutrina costuma divergir em posições antagônicas, apontando pelo afastamento ou pela garantia da reserva. Ainda, há correntes que defendem soluções matemáticas para resolução do problema. Todos estes posicionamentos serão abordados no presente trabalho, bem como, testados através de um exemplo hipotético, a fim de ilustrar a diferença de quinhão hereditário conforme a adoção de cada teoria. Utilizando-se do método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, conclui-se que a solução jurídica que melhor atende os preceitos constitucionais e a segurança jurídica é pela inaplicabilidade da reserva, promovendo a divisão igualitária entre os herdeiros.

Palavras-chave: Direito de Família. Direito das Sucessões. Sucessão híbrida. Reserva Legal.

ABSTRACT

The transformations that have occurred over time in the family institution led to multiple sorts of family configuration. As a result, it is now common to have successions in which the deceased's children, both exclusive and in common with a spouse, coexist. However, the Law does not always follow these advancements, so there are gaps in the legal system when it comes to the hypotheses of competition in hybrid succession. Therefore, this Undergraduate Thesis aims to investigate the applicability of the reserved portion to the competing spouse in the hypotheses of hybrid succession with more than three descendants. For this purpose, the first chapter retrieves important concepts of Family Law, to explain the plurality of affective bonds existing in a family nucleus. The second chapter addresses the Succession Law, exploring the theme of succession competition between spouse and descendants. Finally, the third chapter addresses the concept of the reserved portion and discusses its applicability in the hybrid succession. In these matters, the doctrine points to opposing opinions, leading to the withdrawal or the guarantee of the portion. Nevertheless, some trends advocate mathematical solutions to solve the problem. This research addresses these opposing opinions, as well as tests them through a hypothetical example, to explain the difference in hereditary shares according to the adoption of each theory. Using the deductive method, and through bibliographic, documentary, and jurisprudential research, this study concludes that the legal solution that best suffices the constitutional precepts and legal security is the inapplicability of the reserved portion, promoting the equal division between the heirs.

Keywords: Family Law. Succession Law. Hybrid succession. Reserved Portion.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Divisão da herança segundo a corrente majoritária.....	63
Tabela 2 – Divisão da herança segundo a corrente minoritária.....	66
Tabela 3 – Divisão da herança segundo Eduardo de Oliveira Leite.....	67
Tabela 4 – Divisão da herança segundo Hironaka	69
Tabela 5 – Divisão da herança segundo Monteiro de Barros	71
Tabela 6 – Comparação geral entre as cinco correntes	71

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. Artigo

Arts. Artigos

CC Código Civil

CC/16 Código Civil de 1916

CC/2002 Código Civil de 2002

CF Constituição Federal

CJF Conselho da Justiça Federal

ECA Estatuto da Criança e do Adolescente

LICC Lei de Introdução ao Código Civil

RE Recurso Extraordinário

REsp Recurso Especial

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A FORMAÇÃO DAS FAMÍLIAS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	14
2.1	A FILIAÇÃO	15
2.1.1	Dos filhos havidos na constância do casamento	16
2.1.2	Dos filhos pré-casamento.....	17
2.1.3	Dos filhos oriundos de relação extraconjugal.....	21
2.1.4	Dos filhos socioafetivos	22
2.1.5	Dos filhos adotivos.....	23
2.2	DAS FAMÍLIAS MOSAICO E AS CONJUGALIDADES	24
2.2.1	O casamento.....	25
2.2.2	Uma noção conceitual	26
2.3	OS REGIMES DE BENS ELENCADOS NA LEGISLAÇÃO CIVIL	27
2.3.1	Comunhão parcial de bens	28
2.3.2	Comunhão universal de bens	29
2.3.3	Participação final nos aquestos.....	30
2.3.4	Separação convencional de bens ou obrigatória	32
2.4	DO FIM DA SOCIEDADE CONJUGAL POR MORTE	33
3	O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	34
3.1	DIREITO DAS SUCESSÕES	35
3.2	SUCCESSÃO <i>MORTIS CAUSA</i>	36
3.3	DOS HERDEIROS	37
3.3.1	A capacidade sucessória	37
3.3.2	Classificação dos herdeiros	40
3.3.2.1	<i>Herdeiros testamentários</i>	40
3.3.2.2	<i>Herdeiros legítimos</i>	44
3.3.2.3	<i>Herdeiros necessários</i>	47
3.4	DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA.....	48
3.4.1	Da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes.....	49
3.4.2	Do art. 1.832 e o instituto da reserva legal.....	53
4	A (IN)APLICABILIDADE DA RESERVA LEGAL DO ART. 1.832 EM CASOS DE SUCESSÃO HÍBRIDA	55

4.1	A SUCESSÃO HÍBRIDA COM MAIS DE TRÊS DESCENDENTES: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA.....	57
4.1.1	Primeira corrente: pelo afastamento da reserva legal.....	59
4.1.2	Segunda corrente: pela aplicação da reserva legal	63
4.1.3	Terceira corrente: Eduardo de Oliveira Leite	66
4.1.4	Quarta corrente: Gilselda Hironaka	68
4.1.5	Quinta corrente: Flávio Augusto Monteiro de Barros	70
4.2	ESTUDO DE CASO: REsp 1.617.501/RS	72
4.2.1	Da situação fática	73
4.2.2	Dos argumentos jurídicos e da decisão do caso	74
5	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, a entidade familiar tem passado por diversas modificações, se comparada com a estrutura familiar tradicional. Com a ampla utilização do instituto do divórcio, a instabilidade das relações e a multiplicidade de formas de filiação, a existência de famílias mosaico – também denominadas de famílias reestruturadas, é uma realidade no cenário jurídico-social brasileiro.

Contudo, essa transformação da sociedade, principalmente no âmbito familiar, nem sempre é acompanhada pela legislação brasileira. Prova disso é que o Código Civil de 2002 possui diversas lacunas jurídicas em relação a esses novos modelos familiares, que são pontos de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, a exemplo do direito sucessório destas famílias recompostas.

Nesta conjuntura, uma das temáticas controversas é acerca da aplicabilidade da reserva legal ao cônjuge, prevista no art. 1.832 do Código Civil, nos casos em que este concorrer em sucessão híbrida, ou seja, com descendentes comuns e descendentes exclusivos do falecido. Isso pois, referido dispositivo legal, ao tratar da concorrência entre cônjuge e descendentes, instituiu a reserva da quarta parte do patrimônio a ser partilhado em favor do cônjuge, sem, contudo, afirmar acerca da necessidade de a descendência ser, em sua totalidade, comum.

O legislador civil não apresentou, no texto legal, uma solução jurídica para estes casos, de forma que a aplicação ou não da reserva legal baseia-se nas soluções doutrinárias apresentadas por autores clássicos. Mesmo assim, há poucos autores que se manifestam sobre o tema, bem como há pouca produção acadêmica sobre o assunto, que ainda está chegando de forma lenta aos Tribunais, de modo que não há, por ora, um posicionamento consolidado.

Assim, o presente trabalho visa investigar se referida regra da reserva legal, prevista no art. 1.832 do Código Civil, deve ser aplicada nos casos em que o cônjuge do falecido concorrer com descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cuius*. Para tanto, esta pesquisa será dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo, visa-se demonstrar a formação das famílias à luz do Código Civil de 2002, abordando-se a temática da diversidade de núcleos familiares existentes na atualidade, o que, inclusive, fez com que diversos doutrinadores passassem a usar o conceito Direito das Famílias (no lugar de Direito da Família), a fim de dar maior abrangência ao termo.

Ainda, para compreensão do termo sucessão híbrida, alguns institutos do Direito Familiar são necessários. Em razão disso, serão, primeiramente, abordadas as diversas formas de filiação previstas no Código Civil, demonstrando-se o grande leque de possibilidades de

vínculo familiar existentes no ordenamento jurídico. Posteriormente, dá-se lugar à temática das conjugalidades, abordando-se, por fim, os diversos regimes de bens elencados na legislação civil, que influenciam, diretamente, no tema da concorrência sucessória.

O segundo capítulo, por sua vez, objetiva analisar o instituto da sucessão *mortis causa* no Brasil, a forma como ele é regulamentado e a hipótese de concorrência sucessória entre cônjuge sobrevivente e descendentes. Para isso, inicialmente, analisa-se a abertura da sucessão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios atinentes a esse instituto. Após, adentra-se na temática dos herdeiros, a fim de analisar quais sujeitos que detêm capacidade sucessória, bem como, a classificação destes. Por fim, aborda-se concorrência sucessória, em especial a concorrência entre cônjuge e descendentes, adentrando-se na temática da reserva legal.

Finalmente, no terceiro capítulo, coloca-se em pauta a aplicabilidade do instituto da reserva legal, previsto no art. 1.832 do Código Civil, nos casos em que o cônjuge do falecido concorrer em sucessão híbrida. Dessa forma, visa-se abordar, inicialmente, por que há controvérsias a respeito da aplicabilidade e por que o instituto possui lacunas, além de como as diversas correntes doutrinárias dissertam sobre o assunto.

Ainda, traz-se um exemplo hipotético padrão, a ser aplicado em cada uma destas correntes, a fim de demonstrar as diferenças e semelhanças na divisão da herança quando aplicada cada teoria. Por fim, é apresentado estudo de caso a respeito do tema, com precedente do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar como os tribunais superiores vêm decidindo nestas situações.

A hipótese que se pretende confirmar é que, através de uma leitura constitucional, os operadores do Direito devem deixar de aplicar a regra da reserva legal em caso de concorrência sucessória com sucessão híbrida, para garantir a partilha igualitária entre os filhos.

Para tanto, a pesquisa se utiliza de método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, além das técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

2 A FORMAÇÃO DAS FAMÍLIAS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para compreender a temática trazida no presente trabalho, há dois ramos do Direito Civil que são fundamentais: o Direito de Família e o Direito Sucessório.

Diz-se isso pois não há como explicar o fenômeno da concorrência sucessória sem abordar conceitos básicos do Direito das Sucessões, tampouco, não se pode falar de sucessão e filiação sem entender como funciona a formação da família e como institutos como o regime de bens, por exemplo, podem influenciar no momento da partilha.

Em tempos remotos, poder-se-ia começar o capítulo falando da formação da família de uma forma tradicional, partindo do casamento. Contudo, os anos passaram e esta visão de família foi sendo ultrapassada. Prova disso é que o próprio termo Direito de Família vem sendo substituído pela expressão Direito das Famílias que, conforme Maria Berenice Dias, atende a necessidade de amparar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminar a formação que tiver¹.

Assim, vale lembrar que a situação trazida no presente trabalho é a sucessão em que há a concorrência do cônjuge do falecido com descendentes comuns e com descendentes exclusivos do falecido, fato que dá origem ao termo sucessão híbrida.

Dessa forma, há três temáticas básicas que precisam ser tratadas no presente capítulo para bom entendimento do tema, são elas: a filiação, o casamento e o regime de bens. A filiação para que se possa entender a origem dos filhos comuns e as possibilidades de filho exclusivo do falecido. O casamento para que se compreenda como inicia a relação conjugal, criando o vínculo matrimonial. Por fim, o regime de bens, que influencia, diretamente, na concorrência do cônjuge, ou não, no momento da sucessão.

Antes, porém, de adentrar nesses temas, é necessário um esclarecimento. Numa primeira análise, e até mesmo quando se lê os manuais sobre o tema, quando se fala em cônjuge sobrevivente, logo se remete à figura da mulher. De igual forma, quando se fala de filhos exclusivos e filhos fora do casamento, logo se remete à figura do homem. Assim, vale ressaltar que as situações abordadas no presente trabalho servem tanto para cônjuges sobreviventes do sexo feminino quanto para do sexo masculino. De igual forma, os filhos de origem unilateral podem, sim, ser exclusivos da mulher.

Dito isso, pode-se passar a análise do primeiro tema, qual seja, a filiação.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 44.

2.1 A FILIAÇÃO

O conceito de filiação, de uma forma resumida, pode ser definido como a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos.²

Contudo, assim como aconteceu com o conceito de família, houve uma transformação deste conceito, que passou a ser identificado não só por esse vínculo biológico, mas também pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. Assim, nos tempos atuais, houve uma ampliação do conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que se equipara à verdade biológica. Dessa forma, como bem expõe Maria Berenice Dias, a parentalidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem biológica³.

Ainda, das inovações trazidas pela Constituição de 1988 e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002, no que tange ao Direito de Família, pode-se dizer que a constitucionalização do conceito de filiação foi uma das mais importantes.

Isso porque, nossa Carta Magna estabeleceu a igualdade entre todos os filhos, não admitindo qualquer diferenciação, conforme se vê no §6º do art. 227 da CF, o qual dispõe: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Na percepção de Rolf Madaleno, com a qual se concorda, esta disposição legislativa veio a consagrar o princípio da isonomia entre os filhos, também chamado de princípio da igualdade da filiação, escorados no princípio da dignidade da pessoa humana⁴ - à medida que atribui igualdade de direitos e qualificações entre esses descendentes.

Ainda, como bem lembra Conrado Paulino da Rosa, ao adotar esta visão, o ordenamento afastou termos que eram utilizados para denominar a origem de filhos nascidos de relações não aceitas socialmente, tal como “filhos espúrios” – filhos tidos fora de uma relação conjugal, que poderiam ser tanto fruto de um adultério, filhos adulterinos, quanto de uma relação de incesto, filhos incestuosos⁵. Estes termos, como se observa, vinham carregados de preconceito, fazendo que estes filhos fossem vistos de uma forma negativa em contraponto aos filhos advindos de uma relação conjugal tradicional.

² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 1519.

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 207.

⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 531/533.

⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 366.

Além disso, ao equiparar os filhos biológicos aos filhos adotivos, a carta constitucional deixou clara a opção por valorizar o critério afetivo quando da definição da paternidade e da maternidade, fundando-se no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa.

A visão adotada pelo constituinte foi seguida também por dois importantes diplomas legais do nosso ordenamento jurídico: o Código Civil, em seu artigo 1.596 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 20. Ambos os dispositivos reproduziram, integralmente, a redação trazida no texto constitucional, de forma a mostrar a conformidade com a visão adotada.

Compreendida a igualdade de tratamento entre os diversos tipos de filiação existentes no nosso ordenamento jurídico, resta-nos abordar as formas de filiação que são relevantes para este trabalho. Como já mencionado anteriormente, o tema do presente estudo trata dos casos em que ocorre sucessão híbrida, ou seja, em que há existência de filhos comuns ao cônjuge concorrente e filhos exclusivos do autor da herança.

Para que tal hipótese ocorra, portanto, é necessário que o(a) falecido(a) tenha deixado, além dos filhos comuns, também filhos exclusivos. Dessa forma, procurou-se sintetizar as possibilidades para que isso ocorra, que seriam: a hipótese dos filhos havidos na constância do casamento, portanto, comuns; a hipótese de já ter se casado com a existência de filhos exclusivos, tanto na vida de solteiro quanto decorrente de uma relação que resultou em divórcio; a hipótese de um dos cônjuges ter filho fora do casamento, ou seja, de uma relação extraconjugal; a hipótese de uma filiação socioafetiva; e, por fim, a hipótese de ter ocorrido uma adoção.

Assim, partir-se-á para a análise de cada uma dessas situações de forma que se possa entender as relações jurídicas existentes em cada uma delas. Ressalta-se, porém, que não é o objetivo do presente trabalho aprofundar as especificidades de cada uma destas hipóteses, como a adoção por exemplo, em que ainda há diversas polêmicas, pois o presente capítulo serve apenas para situar o leitor a respeito dos institutos, para que se alcance o objetivo de entender a importância do Direito de Família para o tema.

Feita esta consideração, pode-se adentrar na primeira classificação.

2.1.1 Dos filhos havidos na constância do casamento

A primeira situação a ser abordada é, justamente, a dos filhos comuns entre o cônjuge sobrevivente e o falecido, autor da herança. Essa hipótese trata, portanto, dos filhos havidos na constância da relação matrimonial, fato que é devidamente regulado pela nossa legislação civil.

Como bem lembra Conrado Paulino da Rosa, nosso ordenamento jurídico seguiu a tendência histórica de presunção de paternidade na vigência do casamento, como forma de preservação do patrimônio familiar – ainda que exista uma infidelidade por parte da esposa. Assim, parte-se da premissa do *mater semper certa est*, ou seja, que a maternidade é sempre certa e, *pater is est quem nuptiae demonstrant*, no sentido de que o pai é aquele que as núpcias demonstram⁶.

Cabe ressaltar que a presunção de paternidade proveniente do casamento é uma irrealdade jurídica, surgida da ficção da exclusividade sexual ou da fidelidade conjugal, posto que a presunção de paternidade do marido satisfaz exclusivamente um interesse social de proteção da família constituída pelo casamento⁷. Ainda, como bem lembra Maria Berenice Dias, essa certeza atribuída a partir desta presunção induz a segurança para aqueles a quem se transferirá a propriedade privada em caso de sucessão⁸, tema que tem relação direta com o objeto do presente trabalho.

Fato é que, em que pese as críticas que possam ser realizadas, nosso Código Civil resolveu assumir essa postura de presumir a paternidade na constância do casamento, bem como, em hipóteses a ele relacionadas, vejamos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido

Assim, estando abarcadas todas essas hipóteses trazidas no referido artigo, em sendo caso de haver filhos comuns na constância do casamento, estes terão a paternidade e a maternidade presumidas, sendo tratados como filhos comuns para efeitos sucessórios.

2.1.2 Dos filhos pré-casamento

⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 369.

⁷ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 578.

⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 213.

A hipótese trazida no presente tópico é, justamente, a de filhos existentes antes da celebração do matrimônio. Essa situação aborda tanto aqueles casos em que pessoa divorciada, ao se casar novamente, já detém filhos do relacionamento anterior, quanto os casos em que há “pai solteiro/mãe solteira” que, posteriormente, vêm a casar com alguém que não seja o ascendente desta prole.

Na primeira situação, o reconhecimento dos filhos exclusivos de um dos cônjuges já ocorrera na vigência do relacionamento pregresso, pois vigora a presunção de paternidade e maternidade, conforme já abordado no tópico anterior, de forma que não há dúvidas em relação à filiação exclusiva de um dos entes da nova relação conjugal.

Na segunda situação, por sua vez, muito comum atualmente, houve um relacionamento, eventual ou com objetivo de continuidade, em que da relação sexual deu-se a luz a um filho, sem que houvesse, contudo, vínculo matrimonial entre o casal. Em casos como este não vigora o princípio da presunção da paternidade, anteriormente explanado, pois ausente o vínculo conjugal. É o que leciona Conrado Paulino da Rosa:

Na união estável e nos relacionamentos eventuais (e todas as multiplicidades possíveis, entre eles, namoros, ficadas, “*crush*”, “pegadas”, saídas, “fugidinhas” – tudo isso sem entrar naquelas designações que para alguns leitores poderia soar em tom agressivo) não existe a presunção dos filhos nascidos. Dessa forma, dependendo do comportamento do genitor o agir da mãe será diferente: caso haja a vontade do pai no reconhecimento do filho teremos o procedimento voluntário e, caso contrário, o estabelecimento da parentalidade ocorrerá, de modo litigioso, por via oficiosa ou judicial, que é a chamada perfilhação compulsória⁹.

Assim, o modo adequado para o reconhecimento da paternidade pode se dar de forma voluntária ou através de ação de investigação de paternidade - nos casos em que se há dúvida ou em que o suposto pai não queira assumir a paternidade. Há, ainda, o reconhecimento dos filhos de forma oficiosa, trazido pela lei 8.560/92.

O reconhecimento voluntário, ato jurídico personalíssimo e unilateral, pode se dar pelos pais, conjunta ou separadamente, de acordo com a disposição do art. 1.607 do Código Civil que diz: “o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”. O art. 1609, ainda, regulou as formas como pode ser realizado este reconhecimento:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. pp. 365/376.

- I - no registro do nascimento;
 - II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
 - III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
 - IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.
- Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Perceba-se que o reconhecimento, nestes casos, ocorreu de forma voluntária. Ainda, quando for realizado por um ato de vontade do pai, constitui, juridicamente, um ato jurídico *stricto sensu* (ou em sentido estrito), haja vista que os seus efeitos são apenas os decorrentes da lei, não havendo uma composição de vontades, para que fosse considerado negócio jurídico.

Contudo, não são raros os casos em que este reconhecimento não acontece de forma espontânea, sendo necessária a intervenção judicial para tanto. As duas hipóteses em que esse reconhecimento não é feito de forma imediata são: o reconhecimento de forma oficiosa, realizado em conformidade com a lei 8560/92¹⁰ e o reconhecimento através de ação de investigação de paternidade.

O reconhecimento de forma oficiosa está previsto no art. 2º da Lei 8560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, assim dispondo:

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

§ 3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Dessa forma, verifica-se que, num primeiro momento, é oportunizado ao pai o reconhecimento da paternidade após a notificação, sem necessidade de ingresso da ação de

¹⁰ Além desta modalidade de reconhecimento de forma oficiosa, cabe destaque também ao procedimento previsto no Provimento 16/2012 do CNJ que, em conformidade com o Programa “Pai Presente” instituiu forma de reconhecimento similar à abordada pela lei 8560/92. Porém, deixa-se de abordar com profundidade tal procedimento, por não ser o objetivo do tópico. Contudo, sugere-se leitura do provimento através do link: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2012/03/Provimento_N16.pdf (acesso em 29/03/2021)

investigação de paternidade. Contudo, em havendo silêncio ou negativa, os autos serão remetidos ao Ministério Público, que deterá legitimidade¹¹ para ingresso da ação de investigação de paternidade. Esta ação é, justamente, a outra possibilidade de reconhecimento não voluntário.

A ação de investigação de paternidade acontece através de rito ordinário e é imprescritível¹². Essa ação, conforme dispõe Rolf Madaleno:

Tem natureza declaratória, porque a decisão judicial não constitui a filiação biológica existente desde a concepção. O reconhecimento forçado da paternidade é uma ação de estado da pessoa, com o escopo de declarar a relação jurídica de filiação, considerada um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, não obstante todos estes conceitos estejam sendo relativizados pela doutrina e pela jurisprudência, a começar pela legitimidade extraordinária conferida ao Ministério Público, pela Lei n. 8.560/1992, para investigar em nome próprio, e não por representação do menor, a paternidade de quem só tem em seu assento de nascimento o estabelecimento da maternidade¹³.

Desta forma, denota-se que referida ação possui natureza declaratória, porque apenas declara um vínculo biológico surgido com a concepção. Vale ressaltar que a lei 8.560/1992 dispõe no art. 2º - A que “na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos”, a exemplo do exame de DNA.

Assim, o primeiro dos efeitos da sentença de procedência da ação de investigação do estado de filiação é o de buscar a declaração oficial do estado de filho (CC, art. 1.616), porquanto, embora alguém possa ser filho nos planos biológico e afetivo, sentindo-se inclusive perfilhado pela posse de estado, a ausência do registro formal da condição de rebento impede a irradiação jurídica dos direitos e dos deveres emanados dos vínculos expressos e oficiais da assunção do estado de filho¹⁴.

A declaração judicial do estado de filiação gera efeitos na esfera social e registral, bem como, no âmbito jurídico. Isso porque, há o acréscimo dos nomes do ascendente judicialmente investigado e dos seus pais, os avós do investigante, no assento de nascimento. Juridicamente, emanam resultados materiais, como o direito aos alimentos, além dos efeitos resultantes da ordem sucessória, bem como, do estabelecimento, por parte do genitor, do poder familiar.

¹¹ A doutrina dispõe que esta legitimidade conferida ao Ministério Público nos casos em que só há no assento o estabelecimento da maternidade é uma legitimidade extraordinária.

¹² Súmula 149/STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”

¹³ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 644.

¹⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 672.

Dessa forma, abordou-se no presente tópico as possibilidades de filiações existentes pré-casamento, que podem se dar, portanto, de origem de uma relação matrimonial pretérita, bem como, de uma relação não matrimonial, mas em que houve o reconhecimento de filiação, seja de maneira oficiosa ou através de provimento judicial. Essas formas de reconhecimento, servirão como base, inclusive, para abordagem dos dois tópicos seguintes.

2.1.3 Dos filhos oriundos de relação extraconjugal

O presente tópico aborda a hipótese de filhos oriundos de relações extraconjugais, ou seja, filhos concebidos em um relacionamento fora do vínculo conjugal, que eram denominados, antes da Constituição de 88, de filhos adulterinos.

Contudo, conforme já fora abordado no início do presente capítulo, a adoção, pela legislação pátria, do princípio da igualdade entre filhos, proibiu o uso de termos que discriminassem a origem dos filhos, de forma que tal expressão não é mais utilizada.

Assim, o tratamento conferido a estes filhos é idêntico aos demais, devendo o reconhecimento da filiação seguir os moldes do reconhecimento voluntário ou do reconhecimento oficioso/judicial, abordados no tópico anterior.

Porém, antes de encerrar o tópico, é necessário trazer que o art. 1.600 da nossa legislação civil, assim dispõe: “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”, bem como que “cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Em termos práticos, portanto, caso uma mulher casada venha a engravidar de uma relação adúltera, sendo o filho registrado pelo esposo como conjugal, tal registro não poderia ser contestado pela genitora, a não ser pela iniciativa do marido. Sobre o tema, opina Rolf Madaleno:

Afigura-se injusta e inconstitucional essa norma centrada e inspirada nas regras de moralidade e no *princípio da imunidade* do casamento, como resquícios do Código Civil de 1916. A proibição de a mulher casada contestar a paternidade do marido lembra a velha *chefia marital da sociedade conjugal*, de um tempo em que a família conjugal era legítima e eram imorais quaisquer outros vínculos de afeto e amor, e a estabilidade familiar não podia ser abalada pela negativa da paternidade proveniente da confissão de adultério da esposa, cometendo apenas ao marido decidir se iria ou não impugnar sua relação presumida de filiação e se traria a público a infidelidade de sua mulher. De acordo com a lei civil a mãe não pode impugnar a paternidade extramatrimonial, fruto de seu adultério, o que é absolutamente contraditório, porque segue refletindo uma inegável discriminação entre os direitos do homem em confronto com os da mulher que não está legitimada a confessar sua infidelidade, ficando

exclusivamente a critério do marido decidir sobre o vínculo parental dos filhos exclusivo de sua mulher¹⁵.

Fato é que, em que pese as polêmicas que tal disposição possa causar, os filhos registrados, no momento da abertura da sucessão como comuns ao casal, em que pese eventual adultério, também gozarão dos direitos sucessórios competentes aos demais filhos, bem como, gozarão de iguais direitos os filhos exclusivos oriundos de relação extraconjugal.

2.1.4 Dos filhos socioafetivos

Os tópicos anteriores visavam tratar dos vínculos de filiação estabelecidos através de uma origem biológica. O presente tópico, contudo, fundamenta-se no sentimento mais profundo que pode ser exercido nas relações familiares: o afeto.

Conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a filiação pode decorrer da carga genética transmitida, mas, por igual, pode defluir de uma relação convivencial estabelecida entre as pessoas. Evidentemente, não é possível determinar qual desses vínculos – o afetivo ou o biológico – se mostra mais forte, sempre dependendo das circunstâncias concretas¹⁶.

Assim, quando o Código Civil dispôs em seu art. 1.593 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, o termo “outra origem” abriu espaço para que fosse reconhecida legitimidade a outros tipos de parentesco que não o natural, que é o caso do socioafetivo¹⁷.

Dessa forma, a doutrina costuma elencar três características básicas para o reconhecimento judicial da posse do estado de filho, quais sejam: 1) *tractus*: comportamento como pai e mãe e outra pessoa como filho, bem como a existência de convivência familiar, estabilidade e afeto; 2) *nominatio*: uso do nome da família ou se apresenta com este – tal critério é facultativo, haja vista que nem sempre o sobrenome da família é utilizado; 3) *reputatio*: o reconhecimento, perante a sociedade, do vínculo recíproco existente naquela relação¹⁸.

Assim, sendo reconhecida a paternidade ou maternidade através da posse de estado de filho, a declaração do vínculo socioafetivo será apta a gerar todos os efeitos de qualquer outro

¹⁵ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 630.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 610/611.

¹⁷ Neste sentido, ainda, verifica-se o enunciado 256 do CEJ: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 230/231.

modo de filiação, tais como adoção de sobrenome, submissão ao poder familiar, direito de convivência, direito a alimentos, direitos sucessórios, etc¹⁹.

Vale ressaltar que, para os fins da temática do presente trabalho, estes filhos de origem socioafetiva podem ser tanto filhos comuns do casal quanto exclusivos do cônjuge falecido²⁰.

2.1.5 Dos filhos adotivos

A última hipótese de filiação a ser abordada no presente capítulo é a de filhos adotivos. A adoção, conforme conceituou Pontes de Miranda, é “ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação”²¹. Ou ainda, nas palavras de Maria Berenice Dias, “é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”²².

O procedimento judicial de adoção – do qual não se adentrará no mérito – é regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) em conformidade com as disposições expressas na Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, conhecida como Lei Nacional da Adoção ou Nova Lei da Adoção.

Vale ressaltar que, diferentemente de alguns modos de reconhecimento de filiação abordados anteriormente, a adoção sempre depende de sentença judicial no atual sistema – a qual terá eficácia constitutiva, tendo em vista que cria vínculo jurídico não existente anteriormente –, seja relativa a maiores ou menores, devendo esta ser inscrita no registro civil mediante mandado, conforme art. 47 do ECA.

Oportuno trazer, também, que o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs que poderão adotar (adotantes) os maiores de dezoito anos, independentemente do estado civil, o que permite, plenamente, a adoção unilateral por parte de pessoa solteira.

Dessa forma, verifica-se que há tanto a possibilidade de haver uma adoção comum ao casal, cujo filho irá dispor de todos os direitos em par de igualdade com os demais filhos

¹⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 391.

²⁰ É válido esclarecer que, apesar de não ser a temática da presente pesquisa, nos casos em que o reconhecimento da filiação socioafetiva já estiver formalizado no momento da morte não há maiores polêmicas quanto ao direito à herança do descendente. Contudo, há diversas controvérsias quando esse vínculo é estabelecido após a morte daquele que detém a figura parental, dependendo de ação de reconhecimento para alçar a qualidade de herdeiro.

²¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad Editor, 1947. v. III, p. 177.

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 434.

comuns, bem como, há a possibilidade de existência de filho adotado exclusivo do falecido²³, o qual concorrerá com os demais descendentes e cônjuge. Veja-se, portanto, que a filiação adotiva de nada difere das demais formas de filiação, fazendo valer todos os direitos materiais inerentes aos filhos de origem biológica.

2.2 FAMÍLIAS MOSAICO E AS CONJUGALIDADES

Compreendida a diversidade de vínculos – sejam eles biológicos, afetivos ou jurídicos – que podem ser abarcados pelo conceito de filiação, fica claro entender a multiplicidade de relações que o núcleo familiar é capaz de comportar atualmente.

Aumentando ainda mais essa pluralidade de vínculos, traz-se à baila também o tema das conjugalidades. É certo que com a instabilidade dos relacionamentos na contemporaneidade, bem como, com a informalidade de algumas relações, estabelecer uma relação conjugal se tornou algo mais simples, se comparado à tradicionalidade dos tempos remotos. Assim, não é incomum que se veja atualmente famílias constituídas a partir do casamento, mas também núcleos familiares formados a partir da união estável ou mesmo de modo monoparental – mãe e filhos, por exemplo.

É por conta dessa pluralidade de vínculos parentais atrelada às hipóteses de recasamento, nova união estável ou até mesmo do divórcio, que surgem novas figuras no âmbito familiar, de modo a coexistirem mães, pais, madrastas, padrastos, enteados, filhos socioafetivos, etc. Essa multiplicidade, inclusive, é o que faz ocorrer a sucessão híbrida, hipótese estudada no presente trabalho.

Atentos a essa nova conjuntura familiar, alguns doutrinadores de Direito das Famílias resolveram denominar esses núcleos familiares, onde há pluralidade de relações parentais e vínculos conjugais, de famílias mosaico, reconstituídas, recompostas, recombinadas ou *patchwork*. Ainda, extrai-se das lições de Maria Berenice Dias que tais conceitos surgiram a partir da expressão em voga na Argentina denominada famílias *ensambladas*, que visa denominar estas estruturas familiares originadas no matrimônio ou na união de fato de um casal, em que um ou ambos já detinham filhos provenientes de outras relações prévias²⁴.

²³ Quanto ao tema, vale ressaltar que existe, atualmente, a possibilidade de reconhecimento de vínculo socioafetivo direto em cartório, por força dos provimentos 63/2017 e 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 451.

Como lembra Conrado Paulino da Rosa, são os casos da expressão “os meus, os teus, os nossos...”²⁵ em que há, num mesmo núcleo familiar, filhos exclusivos e filhos comuns, criando, entre estes, novos vínculos afetivos. A opção de Paulino da Rosa por usar a expressão mosaico, justifica-se pelo fato de como um mosaico é produzido, que através de pequenos pedaços de vidro, forma uma nova e linda imagem – tal qual as famílias assim constituídas.

Assim, conforme visto, a constituição desses núcleos familiares reconstituídos pode se dar através da celebração de um casamento ou até mesmo da união estável.

A união estável é instituto reconhecido pela Constituição Federal em seu art. 226, § 3º, onde, inclusive, ficou determinado que deve ser facilitada a sua conversão em casamento. Nas lições de Maria Berenice Dias, fica exposto que se entende por união estável a convivência pública, contínua e duradoura, daqueles desimpedidos de se casar, ou separados, com *animus* (intenção) de constituir família. Em resumo, portanto, para declarar a união estável é preciso comprovar que há uma relação afetiva entre duas pessoas que seja duradoura, pública e com o objetivo de constituir família²⁶.

Resta claro, portanto, que este tipo de vínculo afetivo carece de formalidade, bem como, depende de reconhecimento para que possa ser oficializado. Por essa razão, o presente trabalho ocupar-se-á somente em tratar a situação de sucessão concorrente na hipótese do cônjuge sobrevivente. Isso porque, além de o casamento ser uma união formal, solene e provada mediante o registro, a sucessão do companheiro sobrevivente ainda é assunto controverso na doutrina e na jurisprudência, a qual não é o objetivo de pesquisa.

As próximas páginas, portanto, ocupar-se-ão em retratar o instituto do casamento, ato solene regulado pelo Código Civil, necessário para que haja a existência de um novo vínculo matrimonial ou para existência de vínculo anterior.

2.2.1 O casamento

O casamento, pode-se afirmar, é um dos institutos jurídicos mais populares e históricos do Direito. De Cleópatra e Marco Antônio à Príncipe William e Kate Middleton, o matrimônio, inegavelmente, tem este poder de movimentar a sociedade.

Como bem apontam Farias e Rosendal, é incontroverso que o casamento é uma instituição histórica, trazendo consigo marcas, tradições e inúmeros outros fatores que a ele se

²⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 182.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 581/584.

agregaram com a evolução dos tempos. É, portanto, uma instituição milenar, que congloba valores culturais, religiosos, biológicos e jurídicos²⁷.

As próximas páginas, portanto, dedicar-se-ão a aprofundar um pouco mais este instituto e a forma como ele é regulado no Brasil.

2.2.2 Uma noção conceitual

O conceito utilizado para definir o casamento é um ponto de controvérsia na doutrina, dividindo opinião entre os autores.

Isso porque, uma primeira corrente defende a sua natureza contratual, haja vista que se faz necessário o consentimento dos nubentes – tanto que a ausência de livre aquiescência dos esposos é capaz de frustrar as núpcias. Por outro lado, uma segunda corrente atribui ao matrimônio uma feição institucional, haja vista ser regido por normas de ordem pública, que impõem direitos e deveres aos seus membros, o que limita, de certa forma, a autonomia privada. Portanto, a família originada a partir do casamento obedeceria a um imperativo de normas, de ordem jurídica e social, com forma especial e solenidades a serem observadas, a fim de conferir validade e eficácia ao ato conjugal²⁸.

Essa contraposição entre as duas correntes é justificável, haja vista que, de fato, a autonomia privada se mostra latente, no casamento, quando da escolha do futuro cônjuge e eleição do regime de bens. Contudo, não são discutíveis a alteração dos direitos e deveres determinados na legislação civil, tampouco, as solenidades e formalidades necessárias para os atos de formação e dissolução da sociedade conjugal.

Por esta razão, alguns autores²⁹, como Flávio Tartuce, são adeptos da teoria mista ou eclética, que reconhece o casamento como uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação. Isso porque, não se pode afirmar que o casamento é um contrato puro, pois na ideia de contrato ainda prevalece um conteúdo patrimonial. No casamento, contudo, não há uma busca pela patrimonialidade, mas sim de uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do Código Civil). Por isso, o autor considera pertinente classificar o casamento como um negócio jurídico especial, com regras próprias de formação e princípio específicos – tais

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 170.

²⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 105.

²⁹ Tais como: Eduardo de Oliveira Leite, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Flávio Augusto Monteiro de Barros e Roberto Senise Lisboa.

como a monogamia, a liberdade de escolha e a comunhão plena de vida – que, *a priori*, não existem no campo contratual³⁰.

Farias e Rosenvald apontam como principais características do casamento: seu caráter personalíssimo e a livre escolha dos nubentes, como manifestação da autonomia privada; a solenidade da celebração, que vai desde o processo de habilitação, a publicação dos editais, a cerimônia, findando com o registro³¹; a inadmissibilidade de submissão a termo ou condição; natureza cogente das normas que o regulamentam, porque de ordem pública, o que impede as partes, por exemplo, de dispensarem por pacto antenupcial o cumprimento dos deveres pessoais do casamento (CC, art. 1.566); estrutura monogâmica; por fim, a dissolubilidade, de acordo com a vontade das partes³².

Fato é que, celebrado o matrimônio, dele decorrem efeitos sociais, pessoais e patrimoniais.

Dos efeitos sociais pode-se destacar a constituição da família e a mudança de estado civil. Já quanto aos efeitos pessoais, depreende-se do art. 1.511 do Código Civil a comunhão plena de vida, com igualdade de direitos e deveres. Por fim, os efeitos patrimoniais são recorte importante para o presente trabalho, haja vista que deles se regularão as regras de regime de bens, que produzirão efeitos nos direitos sucessórios.

Assim, será aprofundado nas páginas seguintes o regramento do regime de bens, a fim de melhor compreender esse conjunto de normas e princípios que disciplina as relações econômico-financeiras do casal e, por conseguinte, dos bens dos consortes.

2.3 OS REGIMES DE BENS ELENCADOS NA LEGISLAÇÃO CIVIL

A adoção de um determinado regime de bens, pelo casal, quando da celebração do casamento, é assunto de extrema importância, haja vista que influencia não só nas relações econômicas e patrimoniais dos consortes, como também nas relações jurídicas com terceiros.

Isso porque, a partir do momento que a legislação civil instituiu como princípio do casamento a comunhão plena de vida, não se pode contrariar que, dentro destes aspectos, estão

³⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. pp. 1341/1342.

³¹ Eventos regulados do art. 1.525 ao 1.547 do Código Civil.

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 181/182.

imersas as situações econômicas – consequência das múltiplas relações travadas pelos consortes entre si e com terceiros³³.

Assim, definido um regime, este passa a vigorar a partir da data do casamento, sendo de livre estipulação por parte dos nubentes, conquanto que observados os princípios de ordem pública e que as cláusulas não contrariem a finalidade do casamento (arts. 1.653 e 1.639 do CC). Isso significa que, apesar de a legislação civil apresentar algumas modalidades de regimes de bens, os indivíduos não estão limitados a estes modelos, podendo, por exercício da autonomia privada, convencionar um regime que melhor atenda as necessidades do casal. Conclui-se, portanto, que o rol de regime de bens não é taxativo.

Assim, compreendida a finalidade dos regimes de bens e a possibilidade de diversidade de regimes, prosseguir-se-á na análise de cada um dos regimes previstos na legislação civil, quais sejam: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens.

Ressalta-se, por fim, que não é o objetivo do presente trabalho esgotar as discussões e particularidades de cada um destes regimes, haja vista que a abordagem da temática visa apenas trazer uma rápida conceituação de cada um dos institutos, para que se possa melhor compreender a concorrência sucessória, no capítulo seguinte.

2.3.1 Comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial de bens, também denominado de regime legal ou supletivo de bens, possui certa preferência ante os demais regimes, haja vista que, por disposição do art. 1.640 do Código Civil é aplicado em caso de silêncio dos nubentes, nas hipóteses de ausência de pacto antenupcial ou em casos em que a pactuação seja nula ou ineficaz³⁴.

Este regime é regulado do art. 1.658 ao 1.666 do Código Civil. Em regra, no regime, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, ou seja, os bens adquiridos a partir da celebração do matrimônio, enquanto os bens anteriores continuam sendo considerados particulares do cônjuge que o era titular.

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 294.

³⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 806.

Como bem coloca Maria Berenice Dias, existe neste regime “um componente ético: *o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um*”³⁵ (grifo da autora). Igualmente, observa-se a adoção da *juris et de jure* – presunção absoluta – de que o patrimônio construído pelo casal durante a constância da relação é fruto de esforço e cooperação conjunto das partes, não só financeiro, mas também moral e psicológico³⁶.

Vigora no regime, portanto, a premissa da existência de 3 massas de bens: os bens particulares do cônjuge 1, os bens particulares do cônjuge 2 e os bens comuns do casal. Em síntese, entram na comunhão³⁷ os bens adquiridos durante o casamento a título oneroso – a exemplo da compra e venda – ou eventual – como prêmios de loteria –, excluindo-se³⁸ os bens adquiridos antes das núpcias e os sub-rogados em seu lugar, assim como aqueles recebidos a título gratuito, como doação e heranças.

Por fim, impõe ressaltar que, em regra³⁹, a administração dos bens comuns é de gestão conjunta do casal, em atenção ao princípio constitucional da igualdade, sendo os bens particulares de responsabilidade do respectivo titular, bem como, o sustento das despesas necessárias para manutenção destes.

2.3.2 Comunhão universal de bens

Ao contrário do regime apresentado no tópico anterior, no regime da comunhão universal de bens, quando escolhido através do pacto antenupcial, prevalece a comunicabilidade dos bens, sendo previstas apenas algumas hipóteses onde não ocorre a comunhão⁴⁰.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 684.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 359.

³⁷ Art. 1.660: Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

³⁸ Art. 1.659: Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

³⁹ Isso porque, no art. 1.663 é previsto que em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

⁴⁰ Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos

Isso porque, o Código Civil instituiu que no “regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas”, o que leva a concluir que:

Através do regime de comunhão universal, cessa a individualidade do patrimônio de cada um, formando-se uma universalidade patrimonial entre os consortes, agregando todos os bens, os créditos e as dívidas de cada um. É uma verdadeira fusão de acervos patrimoniais, constituindo uma única massa que pertence a ambos, igualmente, condomínio e em razão da qual cada participante terá direito à meação sobre todos os bens componentes dessa universalidade formada, independentemente de terem sido adquiridos antes ou depois das núpcias, a título oneroso ou gratuito⁴¹.

O regime é regulado do art. 1.667 ao 1.671 do Código Civil, aproveitando as regras da comunhão parcial no que tange à administração de bens, sendo que, de igual forma, há possibilidade de afastamento de tal poder em casos de má administração, não se olvidando da necessidade de anuência do outro cônjuge para atos que envolvam a disposição da propriedade, a título gratuito ou oneroso.

Por fim, imperioso ressaltar que extinta a comunhão e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro, ou seja, cada cônjuge passa a ser responsável pelas dívidas que em nome próprio contraiu ou vier a contrair.

2.3.3 Participação final nos aquestos

O regime em estudo neste tópico tem um nome bastante sugestivo, haja vista que os aquestos são, justamente, os bens adquiridos na constância do casamento, indicando, de antemão, a lógica deste regime, que é, justamente, contabilizar a proporção que cada cônjuge faz *jus*, em relação aos aquestos, no momento da dissolução do vínculo conjugal.

É um regime particularmente recente na nossa legislação, haja vista que foi uma das novidades trazidas pelo Código Civil de 2002, sendo regulado do seu art. 1.672 ao 1.686. Justamente por sua “recém-chegada”, ainda é pouco utilizado no Brasil, sendo também alvo de críticas na doutrina, tendo em vista que traz algumas normas de difícil entendimento. De todo modo, cabe fazer algumas considerações a respeito deste regime.

cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 364.

O artigo inicial do regime (1.672) dispõe que “cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento”. Tal disposição impõe dizer que no referido regime cada um dos esposos possui patrimônio próprio, que é formado tanto pelos bens que já possuía antes do casamento, como por aqueles que forem adquiridos durante a união, administrados com exclusividade, sendo que só no momento da dissolução da sociedade conjugal é que serão contabilizados os aquestos, a fins de participação.

Farias e Rosenvald dissertam que esta modalidade de regime mescla os regramentos de outros dois regimes. Isso porque, durante a convivência conjugal adota as normas da separação total de bens, pois cada cônjuge possui patrimônio próprio. Contudo, na ocasião da dissolução, aplicam-se as regras do regime da comunhão parcial de bens, pois comunicam-se os bens adquiridos onerosamente por cada um na constância da relação para fins de participação⁴².

Paulo Lôbo dispõe que o direito à participação nesta modalidade não é um direito subjetivo integralmente constituído, mas constituível. Isso porque, possui a natureza de uma expectativa de direito, condicionada a um evento futuro e incerto, qual seja, a ocorrência do fim da sociedade conjugal. Por esta razão, não pode ser objeto de ato ou negócio jurídico de disposição (renúncia, cessão, penhora) enquanto vigente a sociedade conjugal⁴³.

Em explicação esclarecedora, a qual se reproduz, Maria Berenice Dias sintetiza como ocorre a contabilização da participação:

Assim, quando da separação, cada cônjuge ficará: (a) com a totalidade de seus bens particulares adquiridos antes do casamento; (b) com a metade dos bens comuns, adquiridos em condomínio, por ambos, durante a união; (c) com os bens próprios adquiridos durante o enlace; e (d) e fará jus à metade da diferença do valor dos bens que o outro adquiriu no próprio nome, na constância do vínculo conjugal.

Entende-se que, talvez, apenas a teoria seja incapaz de ilustrar o presente regime, razão pela qual se reproduz o exemplo trazido por Farias e Rosenvald:

Se o marido tem um patrimônio originário de 1.000.000 e um patrimônio final de 1.700.000, enquanto a sua esposa tem patrimônio inicial de 500.000 e final de 800.000, considerando que todos os bens foram adquiridos onerosamente (por compra e venda, por exemplo) durante a convivência do casal, percebe-se que ela terá direito

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 375.

⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 368.

a 350.000 em relação ao patrimônio dele (porque foram adquiridos 700.000 na constância da conjugalidade) e ele fará jus a 150.000 relação aos bens dela (porque ela cresceu 300.000 durante o casamento). Assim compensando-se os aquestos (um valor com o outro), obtém-se um resultado de 200.000 em favor da esposa⁴⁴.

Compreendido o regramento geral em relação a este regime, deixa-se de abordar as particularidades, por entender que suficientes para o presente trabalho as explanações já realizadas. Partindo-se, portanto, para análise do último regime, qual seja, da separação de bens.

2.3.4 Separação convencional de bens ou obrigatória

O regime da separação de bens pode ser categorizado de duas maneiras: o convencional e o obrigatório (legal). Isso porque a incidência deste regime pode advir da vontade das partes ou por obrigatoriedade, decorrente das previsões presentes no Código Civil.

Assim, este regime será imposto de forma obrigatória nas hipóteses previstas no artigo 1.641 do Código Civil, quais sejam: aos nubentes que contraírem matrimônio sem observância das causas suspensivas de celebração descritas no artigo 1.523⁴⁵, à pessoa maior de 70 (setenta) anos e a todos que dependerem de suprimento judicial para casar.

Basicamente, vigora neste regime uma completa independência patrimonial entre os cônjuges, de modo que a incomunicabilidade envolve tanto os bens anteriores ao casamento, quanto os aquestos, os frutos e rendimentos, de modo que cada consorte possui autonomia na gestão de seu patrimônio. Rolf Madaleno resume o regime desta forma:

O regime da separação de bens decorre de lei (art. 1.641) ou de pacto antenupcial, e nele cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, tanto sobre os presentes como em relação aos futuros, sendo de cada cônjuge a responsabilidade exclusiva pelos débitos por ele contraídos antes e depois do casamento e que não foram despesas destinadas ao casamento e para a família⁴⁶.

Assim, por ter um regramento, de certo modo, simples, comparado com os demais regimes, apenas dois artigos do Código são dedicados à sua regulação: o art. 1.687 e o 1.688. Todavia, há um ponto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a distinção entre o

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 377.

⁴⁵ Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

⁴⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 897.

regime de separação convencional e a obrigatória, por razão da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal que dispõe: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

A doutrina majoritária segue o entendimento, ao qual se filia, de que a previsão da citada Súmula só deve ser aplicada nos casos de regime de separação obrigatória, haja vista que sua aplicação no regime convencional seria ilógica. Sobre o tema:

A nosso viso, o cabimento do referido entendimento sumular está restrito ao âmbito do regime de separação obrigatória, garantindo justiça social e tratamento igualitário, considerando não ter sido o regime escolhido pelas partes. No entanto, diferentemente, a separação convencional decorre da vontade expressa e livre das partes, motivo pelo qual não nos parece razoável permitir a comunicação de qualquer bem, mantendo-se, integralmente, a individualidade patrimonial. Incidir a referida súmula no regime de separação convencional seria, na prática, aniquilar a separação de bens, banindo do sistema tal possibilidade⁴⁷.

Portanto, é interessante observar que neste regime prevalece a independência patrimonial como princípio norteador, o que é visto por alguns autores de forma contraditória, pois o principal propósito do matrimônio é, justamente, a comunhão plena de vida, o que, como visto, inclui as questões econômicas. Apesar dessa visão, impera no regime a gestão particular dos bens de cada cônjuge, de modo que podem livremente aliená-los, gravar de ônus real ou sub-rogar qualquer bem pertencente ao seu patrimônio.

Contudo, vale ressaltar que não deixa de vigorar neste regime o princípio da isonomia, de modo que, por força do art. 1.688, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal, da casa, com os filhos, entre outras, na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo se for estipulado algo diferente disto no pacto antenupcial.

Visto isso, pode-se dizer que foram vistos todos os regimes de bens previstos na nossa legislação civil, cumprindo o objetivo de dar um panorama geral dos direitos patrimoniais do casamento. Dessa forma, pode-se partir ao último tópico do presente capítulo que é, justamente, o fim da sociedade conjugal, quando da ocorrência da morte de um dos cônjuges.

2.4 DO FIM DA SOCIEDADE CONJUGAL POR MORTE

Até o atual momento, viu-se no presente capítulo a filiação, a formação da família através do casamento e o seu efeito patrimonial principal, que é o regime de bens. O único tema

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. pp. 371/372.

faltante, portanto, é quando esse vínculo conjugal criado irá se findar, que é justamente o que será visto nesse tópico.

O artigo 1.571 do Código Civil estabeleceu que a sociedade conjugal terminará pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio. Destas modalidades, a que interessa para o tema do presente trabalho é a primeira, ou seja, a morte de um dos cônjuges.

Isso porque, ocorrida a morte de um deles, não só chega ao fim a sociedade conjugal, como passa a incidir naquela relação os regramentos pertencentes ao direito sucessório. Por esta razão, o próximo capítulo dedicar-se-á ao estudo do direito sucessório na legislação civil, bem como, das regras de concorrência sucessória.

3 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Vistos os conceitos relevantes para o presente trabalho no que tange ao Direito das Famílias, chegou-se, ao final do capítulo anterior, em momento importante da sociedade conjugal, que é, justamente, a sua dissolução. Como já mencionado, a dissolução que importa para o estudo do tema é aquela ocorrida por morte, haja vista que dela decorrem direitos sucessórios.

Portanto, o presente capítulo tem por objetivo analisar como é regido o direito das sucessões no Código Civil atual, isso pois, para compreender a temática do presente trabalho, é necessário ter conhecimento das regras dispostas no ordenamento brasileiro acerca do tema.

Para isso, inicialmente, será explanado acerca do conceito de direito sucessório, bem como, o lugar que este ocupa dentro do ramo do Direito Civil. Posteriormente, será abordado o conceito de sucessão *mortis causa* e como ela é iniciada no direito brasileiro.

Após isso, prosseguir-se-á ao estudo do conceito de capacidade sucessória, para que seja analisado quem são aqueles que foram dotados de aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança e também quem são aqueles capazes de dispor acerca de seus bens em herança.

Ainda, proceder-se-á à análise das categorias de herdeiros, que podem ser testamentários ou legítimos, e, ainda, dentro da categoria dos herdeiros legítimos, serão estudados os herdeiros necessários.

Por fim, será abordada a temática da concorrência sucessória, adentrando-se no problema central do presente trabalho que é, a aplicabilidade da reserva legal ao cônjuge sobrevivente na hipótese de ocorrência de sucessão híbrida.

3.1 DIREITO DAS SUCESSÕES

O Direito Civil é o ramo do Direito conhecido por regular as relações privadas, sejam elas entre indivíduos ou de indivíduos em relação às coisas. Nesse aspecto, portanto, o Direito das Sucessões seria o ramo do Direito Civil que tem a função de dar continuidade à pessoa humana, mesmo após a morte, perpetuando as relações jurídicas contraídas durante a vida.

Sobre o tema, ensina José de Oliveira Ascensão:

O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte. A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista. No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento. A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou *de cujus*. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimário. Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste.⁴⁸

Para além desta visão, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka compreende a existência do Direito Sucessório como uma necessidade de alinhar o Direito de Família ao direito de propriedade. Segundo a autora, “o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, [...] mais ainda e principalmente no ‘fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família’”⁴⁹. Fato é que, como bem lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵⁰, o direito sucessório surge como uma garantia constitucional fundamental⁵¹, alinhando o direito de propriedade privada – que será transmitido com a morte do titular – à sua função social.

Em sentido amplo, sucessão significa transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa a outra⁵². Assim, apesar de no Direito Civil a palavra sucessão aparecer em diversos institutos por ato *inter vivos* – sucessão entre empresas, ou a sub-rogação num contrato, por

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil. Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.13.

⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões: introdução**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.5.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 34.

⁵¹ Diz o art. 5º, XXX da CF/88: é garantido o direito de herança.

⁵² BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 15.

exemplo – o fenômeno sucessório aqui abordado é aquele decorrente da sucessão *mortis causa*, que será melhor explanado nas páginas seguintes.

3.2 SUCESSÃO *MORTIS CAUSA*

A sucessão *mortis causa*, como o próprio nome diz, está relacionada a um fato natural comum a todos nós, qual seja, a morte. Esta, fato que põe fim à existência humana, é o marco inicial e determinante para dar início ao procedimento de sucessão dos bens do falecido.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo, a morte, apesar de ser um fato natural, transforma-se em fato jurídico, haja vista que dela advém, dentre outras consequências, a mudança na titularidade dos bens do falecido. Simultaneamente a esse fato, também põe termo aos direitos e obrigações do *de cujus*, fazendo emergir direitos e obrigações relativamente aos herdeiros⁵³. Ainda, leciona o autor português Inocêncio Galvão Telles que quando alguém morre o destino de seus direitos e obrigações precisam de uma solução jurídica, razão pela qual o direito das sucessões é o conjunto de normas jurídicas apto a resolver este problema⁵⁴.

Tal fato jurídico ganha ainda mais importância quando se faz a leitura do art. 1.784 do Código Civil, o qual estabeleceu que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Assim, da expressão “desde logo”, depreende-se que o legislador optou por, ocorrida a morte, transmitir a posse e a propriedade do patrimônio do falecido automaticamente aos sucessores. Esta opção decorre da adoção do princípio da *saisine*.

Famoso adágio francês diz: o morto agarra o vivo. Esta é a origem do chamado *droit de saisine*, no sentido de que nem mesmo a morte do titular tem o condão de interromper ou nulificar o direito de propriedade, pois o domínio e a posse dos bens do falecido se transmitem imediatamente aos herdeiros, ainda que desconheçam esta sua qualidade ou o fato da morte, eis que tal princípio se trata de uma ficção jurídica⁵⁵.

Assim, metaforicamente falando, é como se os bens do falecido não ficassem “órfãos” em nenhum momento, pois, tão logo ocorrida a morte, o conjunto de bens passa à titularidade dos sucessores, independentemente de qualquer atitude destes. Sobre o tema, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal ressaltam que “essa transmissão independe, inclusive, da prática de

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.21.

⁵⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Sucessões: Noções Fundamentais**. 6a ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991. p. 9.

⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 317.

qualquer ato pelo sucessor, e, até mesmo, do conhecimento da morte, se verificando de pleno direito (*ipso jure*), por força da própria opção legal”⁵⁶.

Dessa forma, tendo esclarecido de qual tipo de sucessão trata o presente trabalho e a forma como ela se inicia, faz-se necessário, agora, entender a figura dos herdeiros, estes a quem a herança será destinada.

3.3 DOS HERDEIROS

Compreender a figura do herdeiro no direito sucessório é, justamente, identificar a quem se destinará a herança, ou seja, aqueles que serão beneficiados com o patrimônio do *de cuius*. No entanto, antes de adentrar na temática das categorias de herdeiros, é preciso entender a legitimação (ou capacidade) para suceder - aqui, ambas as palavras serão usadas como sinônimo.

3.3.1 A capacidade sucessória

Como se sabe, o art. 1º do Código Civil de 2002 definiu que todas as pessoas são capazes de assumir direitos e deveres na vida civil. Esta é uma aptidão genérica, a qual se denomina capacidade de direito ou de gozo. Já o exercício pessoal destes atos da vida civil são elementos da capacidade de fato ou exercício⁵⁷. Dito isto, é natural que dentro do ordenamento jurídico haja regras particulares que devam ser preenchidas para o exercício de certas relações - é o que acontece no direito sucessório.

Nesse sentido, a capacidade para suceder é a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança, não se confundindo com a capacidade de fato. Assim, por exemplo, pode uma criança, considerada absolutamente incapaz, deter legitimação para suceder por conta do óbito de um dos pais. Ou ainda, pode alguém plenamente capaz não ser dotado de capacidade sucessória. Isso porque, conforme exposto, o Código Civil criou regras para se deter capacidade sucessória.

A regra geral, exposta no seu art. 1.798, é que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Assim, não se adentrando em

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 113.

⁵⁷ É nesta esfera da capacidade que devemos observar os artigos 3º e 4º do Código Civil, que definem, respectivamente, quem são os absolutamente e os relativamente incapazes.

maiores debates acerca do tema, verifica-se que ficou reconhecida a capacidade sucessória ao nascituro⁵⁸, fato que mostra a adoção da teoria concepcionista pelo ordenamento. Valida-se, pois, a ideia de que deve ser reconhecida a personalidade jurídica a este, com a tutela dos seus direitos – o próprio art. 2º do CC adotou essa postura ao ditar o seguinte: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Partindo para o art. 1.799⁵⁹, têm-se o rol de legitimados para suceder em caso de testamento, o qual é ainda maior. Isso porque, quando da confecção do testamento, vigora o princípio da autonomia privada, fato que autoriza uma maior liberalidade do testador.

Washington de Barros Monteiro resume o citado artigo dizendo que, em suma, são capazes de receber bens por testamento, de modo geral, aqueles que a lei não retirou a capacidade. Já, podem ser chamados a suceder as pessoas naturais e as pessoas jurídicas. Por fim, como condição para esta capacidade, é necessário que o beneficiado exista, sobreviva ao testado, ao abrir-se a sucessão, ou que venha a nascer em determinado prazo, nos casos de pessoas beneficiadas ainda não concebidas⁶⁰.

Entre o rol apresentado, há um ponto que merece ser destacado, qual seja, a previsão, logo no primeiro inciso, de o testador beneficiar a chamada prole eventual. Segundo Venosa, “essa prole eventual mencionada pela lei pode já existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos havidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte”⁶¹, por pessoas indicadas pelo testador. Assim, não se pode confundir nem com o nascituro (que já está concebido e implantado no útero), nem com o embrião laboratorial (que já está concebido de forma artificial, mas ainda não foi implantado no útero)⁶².

Visto isso, é preciso mencionar também o art. 1.801 do Código, que, ao contrário do supramencionado, limitou o desejo do testador. Isso pois, visa “proteger a legitimidade do

⁵⁸ Sobre o tema, indica-se leitura em: SANTOS, Tatyana Mayara Gurgel de Oliveira Lima dos. Direito à sucessão legítima do nascituro concebido após a morte do pai. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3745, 2 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25442>. Acesso em: 9 jun. 2020.

⁵⁹ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, volume 6: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 209.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 136.

testamento como exercício da autonomia plena da liberdade individual”⁶³. Dispõe o artigo em comento:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Não adentrando nas polêmicas que envolvem referido artigo, viu-se, em suma, o capítulo III do Título I do Livro de Sucessões do Código, que fala da chamada Vocação Hereditária, dotando, ou não, de capacidade sucessória, determinadas pessoas. Antes de ir para o próximo tópico, contudo,   necessário fazer um esclarecimento acerca da indignidade e da deserda o, institutos do direito sucessório que, muitas vezes, são confundidos – erroneamente – com a falta de capacidade sucessória.

Diz-se erroneamente pois, indignidade e deserda o – previstos no Capítulo V do Título I e Capítulo X do Título III, respectivamente – diferem-se conceitualmente da incapacidade sucessória. O indigno e o deserdado, seguindo as hipóteses previstas no Código, possuem legitima o sucessória e figuram na ordem de voca o hereditária, sendo, portanto, beneficiados pela transmissão automática decorrente da *saisine*.

Porém, em face de suas condutas em rela o ao *de cuius*, o ordenamento os priva do efetivo recebimento do patrimônio transferido.   impedido, assim, o recebimento da herança ou do legado, sem afetar a sua legitima o sucessória. Conceitualmente, a falta de legitima o   um fato, enquanto a indignidade e a deserda o são uma pena, uma san o civil, imposta ao herdeiro ou legat rio⁶⁴.

Nas palavras de Luiz Paulo Vieira Carvalho, a falta de legitima o passiva sucessória   fato que impede o recebimento e o exercício do direito   sucessão. Na indignidade, porém, tal direito   recebido e permitido o seu exercício, que só irá findar quando do trânsito em julgado da sentença que aplique a pena de exclusão, que produz, regra geral, efeitos retroativos   data do óbito do sucedido⁶⁵.

Esclarecido esse ponto, pode-se adentrar na temática da classifica o dos herdeiros, tópico que possibilitará entender o início da problemática do presente trabalho.

⁶³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume  nico/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 1668.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 148.

⁶⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 252.

3.3.2 Classificação dos herdeiros

O tópico anterior possibilitou compreender quem são aqueles que detêm capacidade sucessória. Agora, pode-se proceder à classificação destes, chamados herdeiros, distinguindo-os.

Tal distinção se baseia na forma como os herdeiros receberão a herança, que pode ser através de um ato de disposição de última vontade, conhecido por testamento, ou por meio de determinação da lei. Aos primeiros dá-se o nome de herdeiros testamentários e aos segundos, de herdeiros legítimos⁶⁶.

Dentre a categoria dos herdeiros testamentários, vale destacar a figura do legatário, que, ao contrário dos demais, é chamado a receber um bem específico, a título singular, em vez de recebê-lo a título universal, como acontece com os demais herdeiros, conforme será visto posteriormente.

Ainda, dentre a categoria dos herdeiros legítimos, destaca-se a figura dos herdeiros necessários, previstos no art. 1.845 do Código Civil, a quem se garante metade da herança, tema que será aprofundado separadamente.

Assim, num mesmo fenômeno sucessório, é possível que coexistam herdeiros legítimos, testamentários e até legatários. Para isso, basta que o *de cujus* deixe um testamento válido e que não disponha de todos os seus bens, possibilidade prevista no artigo art. 1.784 do Código Civil⁶⁷.

Para melhor compreensão, primeiramente será abordada a categoria dos herdeiros testamentários. Logo após, será procedida a análise dos herdeiros legítimos, com ênfase nos herdeiros necessários, a fim de poder delimitar a classe de herdeiros objeto do presente trabalho.

3.3.2.1 Herdeiros testamentários

O termo “herdeiros testamentários” é utilizado para definir aqueles que herdarão, como sugere o nome, por força de um testamento.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: volume 6 - direito das sucessões**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. xvii, p. 32.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.43.

O Código Civil de 1916 em seu art. 1.626 definia testamento como “o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”. Este conceito, contudo, não era completo, haja vista que “não apenas as disposições patrimoniais formam o conteúdo do testamento. Pode este, com efeito, deixar de referir-se ao patrimônio do testador e limitar-se, por exemplo, ao reconhecimento de filhos”⁶⁸.

Felizmente, o Código Civil de 2002 superou tal perspectiva, suprimindo a definição de testamento e passando a dispor, no art. 1.857, §2º, que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”. Assim, resta claro que o testador pode manifestar outras vontades, de natureza econômica ou não.

Fato é que, conforme afirma Washington de Barros Monteiro, pode ser asseverado que para dez sucessões legítimas que se iniciam, ocorre uma única sucessão testamentária⁶⁹.

Dessa forma, percebe-se que a elaboração de um testamento não é algo comum entre a população brasileira. A razão disso, segundo Farias e Rosenvald, dá-se por três motivos. O primeiro deles, econômico, uma vez que a elaboração de um testamento pressupõe a existência de um patrimônio a ser transmitido, sendo que grande parte da população não tem do que dispor.

O segundo, religioso, pois a cultura nacional encara a elaboração de um testamento como algo que iria atrair a morte, um mau presságio. O terceiro, jurídico, tendo em vista que o Código Civil dotou de vocação hereditária aqueles que, provavelmente, seriam beneficiados pelo testador, fazendo desnecessária a elaboração de um testamento para tanto⁷⁰.

Apesar disso, o testamento detém notória importância, por ser uma forma de manifestação da autonomia privada, pela qual o autor pode expressar suas últimas vontades. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery estabelecem que “o testamento é estatuto jurídico que canaliza motivos individuais para um exercício muito amplo da autonomia negocial”⁷¹. Além disso, é um meio de afirmação da propriedade privada, tendo em conta que um dos poderes inerentes à propriedade (CC, art. 1.228) é a livre disposição, reconhecendo ao titular tal prerrogativa.

⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, volume 6: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123.

⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, volume 6: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 122.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 379/380.

⁷¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume IV: família e sucessões**. 2a ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 697.

A regra geral, portanto, seria a livre disposição da propriedade, bem como, de vontades pessoais. Contudo, esse elemento da autonomia privada não é absoluto, devendo ser harmonizado com os princípios da dignidade da pessoa humana e a proteção integral da família – é o que acontece, por exemplo, quando o Código estabelece a reserva da legítima.

Vistos o conceito e a razão de ser do testamento, cabe ressaltar algumas características deste instituto. Nas palavras de Flávio Tartuce, o testamento seria um negócio jurídico por excelência, assemelhando-se muito ao contrato, porém com a diferença que o contrato é um ato jurídico *inter vivos*⁷². Orlando Gomes, por sua vez, reúne as principais características do testamento, dando-o como um “negócio pessoal, unilateral, gratuito, formal, de última vontade e eminentemente revogável”⁷³.

É negócio pessoal, consoante expressamente disposto no art. 1.858, do CC/2002, primeira parte, haja vista não poder ser realizado nem mesmo por procurador com poderes especiais, tampouco, de maneira conjuntiva, com duas ou mais pessoas. Unilateral, pois “não tem o beneficiário de intervir para a sua perfeição e validade”⁷⁴, isso porque “o testamento é negócio jurídico unilateral não receptício, pois se aperfeiçoa mediante uma única vontade, a do testador, dirigida à produção de determinados efeitos práticos e jurídicos que lhe são próprios”⁷⁵.

Ainda, é considerado negócio jurídico gratuito, ante a inexistência de contrapartida pelos beneficiados, “ou seja, não há o sacrifício bilateral que identifica os negócios jurídicos onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento”⁷⁶. Além disso, é um negócio formal, considerando que devem ser observadas as regras dispostas no Título III do Livro de Sucessões do Código.

Por fim, é um ato de última vontade, pois é ato *causa mortis*, produzindo efeitos apenas após a morte do testador, conforme previsão do art. 426 do Código⁷⁷ e é revogável, segundo o disposto no art. 1.858⁷⁸, segunda parte, sendo inválida, nesse sentido, a cláusula que proíbe a revogação, justamente por ser um ato que representa um momento da vida do testador que pode, a qualquer tempo, mudar de ideia.

⁷² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 1748.

⁷³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 101.

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 230.

⁷⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 519.

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 1749.

⁷⁷ “Art. 426: não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

⁷⁸ “Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.

Vistas as principais características do testamento, resta saber acerca do seu conteúdo: quem pode testar e quem pode ser beneficiado, o que pode ser disposto no instrumento e quais as limitações.

Quanto ao primeiro tópico, Maria Helena Diniz dispõe que “a capacidade testamentária ativa é condição da validade jurídica do ato de última vontade, pois para fazer testamento é preciso que o testador seja capaz”⁷⁹. Assim, conclui-se que podem testar todos aqueles que o Código Civil considera capazes. Quanto à capacidade testamentária passiva, por sua vez, tal tema já fora tratado no tópico 2.3.1, onde se viu o rol do art. 1.799, o qual dispõe quem são os legitimados a suceder por conta do testamento.

Quanto ao conteúdo, podem ser dispostas no testamento tanto questões de cunho patrimonial quanto pessoais. Também, pode o testador dispor acerca de todo seu acervo hereditário ou de uma parte dele, diferenciando-se, assim, os herdeiros e os legatários. “O herdeiro recebe uma fração ou quota-parte da herança, enquanto o legatário recebe bem certo e determinado do acervo hereditário. Quando alguém, sendo herdeiro, também recebe legado, dá-se o nome de prelegado”⁸⁰.

Ainda, pode o testador condicionar o recebimento da herança a um evento futuro, assim como acontece na Parte Geral do Código, quando se trata dos negócios jurídicos. É o que dispõe o art. 1.897: “A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo”.

Por fim, já adentrando no tema dos tópicos seguintes, a maior limitação imposta ao testador é a reserva de pelo menos metade dos bens, conforme dispõe o art. 1.846⁸¹ do Código, aos herdeiros necessários - descendentes, ascendentes e cônjuge – quando houver algum destes. Ou seja, o primeiro elemento a ser verificado, quando da abertura da sucessão testamentária, além das questões formais, claro, é a existência ou não de herdeiros necessários, fato que vai influenciar, diretamente, na validade do ato de disposição de última vontade.

Assim, viu-se no presente tópico as principais características do testamento e as disposições acerca do seu conteúdo, podendo-se adentrar no estudo da categoria dos herdeiros legítimos para, posteriormente, entender a classe dos herdeiros necessários.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 256.

⁸¹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

3.3.2.2 Herdeiros legítimos

Vista a categoria dos herdeiros testamentários, passa-se a analisar a categoria dos herdeiros legítimos, modalidade de sucessão que ocorre, justamente, quando não há existência de um testamento, ou quando o *de cuius* deixa um testamento que, ou não abrange todos os bens, ou é, por alguma razão, considerado inválido⁸².

É por isso que a expressão sucessão legítima é denominada *ab intestato*, ou seja, sem testamento (proveniente da expressão “*ab intestato defuncto*”, i.e., morto sem deixar testamento)⁸³.

Assim, a ocorrência da sucessão legítima manifesta-se pelo silêncio do autor da herança, entendendo-se, assim, que este preferiu aderir à previsão legal acerca da transmissão de seu patrimônio. Parte-se, pois, da premissa que, uma vez silente, o sucedido gostaria de beneficiar seus familiares, bem como seu cônjuge ou companheiro, com o patrimônio a ser partilhado.

Além disso, conforme já fora mencionado no tópico anterior, a sucessão legítima torna-se impositiva quando o autor da herança tiver herdeiros necessários – descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro⁸⁴. Nestes casos, como visto, apenas metade do patrimônio do *de cuius* pode ser objeto do testamento, restando a outra metade indisponível. A esta porção dá-se o nome de legítima.

Dessa forma, nos casos em que irão ocorrer a sucessão legítima, o Código Civil estabeleceu uma ordem das pessoas a serem chamadas a suceder, a ordem da vocação hereditária, que nada mais é do que a indicação das pessoas que serão chamadas a participar da sucessão por força da lei⁸⁵.

A ordem da vocação hereditária, nas palavras de Jorge Shiguemitsu Fujita, “é o rol, fixado por lei, dos herdeiros a serem chamados, na hipótese de uma pessoa vir a falecer sem

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 43.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Instituições de Direito civil: volume VI - Direito das Sucessões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Xviii. p. 69.

⁸⁴ É válido ressaltar que o reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário é alvo de controvérsia na doutrina e na jurisprudência, isso porque, como se verá a frente, o STF, na decisão que estabeleceu que a concorrência do companheiro se daria da mesma forma que a do cônjuge, limitou-se a tratar desta temática, não abordando se os demais direitos concernentes ao cônjuge também seriam aplicados na união estável.

⁸⁵ Fato é que, é até lógico compreender por que as pessoas têm facilidade em concordar com a sucessão legítima, haja vista que o rol previsto no Código Civil elegeu aquelas pessoas que, provavelmente, o *de cuius* escolheria para receber os seus bens. Pessoas essas que conviveram de alguma forma com o *de cuius* e que se uniram por algum tempo em torno do patrimônio a ser transmitido.

deixar testamento”⁸⁶. É, portanto, a relação de preferência, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado.

Tal ordem, contudo, não foi sempre a mesma. Isso porque, o próprio conceito de família, os direitos fundamentais e a mentalidade do legislador foram se modificando com o decorrer dos anos. Nota-se, por exemplo, que o Código Civil de 1916, em seu art. 1.603⁸⁷, mantinha o cônjuge na terceira posição da ordem de vocação hereditária, atrás de descendentes e ascendentes, à frente dos colaterais, recebendo a totalidade da herança quando não houvesse descendentes e ascendentes, não importando o regime de bens do casamento.

De acordo com o que era estabelecido, o cônjuge sobrevivente só tinha direito à herança se o falecido não deixasse descendentes, nem ascendentes, o que, convenha-se, era muito raro. Tal circunstância era confirmada pelo disposto no art. 1.611 do Código revogado, o qual dispunha que “à falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal”.

Assim, se o *de cuius* tivesse filhos ou pais vivos, por exemplo, o cônjuge nada recebia como herança, haja vista que pela sistemática do antigo Código era expressamente proibida a convocação, simultaneamente, de herdeiros de classes diferentes. Ainda, nos termos do artigo 1.721 do Código de 16⁸⁸, somente os descendentes e ascendentes eram considerados herdeiros necessários, ou seja, contemplados com a reserva da legítima. Dessa forma, o cônjuge, que não era protegido por tal direito, podia ser completamente excluído da sucessão, caso o autor da herança deixasse seus bens em testamento para outra pessoa.

Tal perspectiva perdurou por muito tempo, vindo a ser modificada apenas em 1962, com o advento do Estatuto da Mulher Casada — Lei nº 4.121/62, valendo-se o legislador de novo mecanismo de proteção ao cônjuge sobrevivente. Com a publicação do Estatuto, embora o cônjuge continuasse não sendo considerado herdeiro necessário na propriedade dos bens do falecido, foi-lhe dado o direito ao usufruto de parte do patrimônio, desde que o regime matrimonial não fosse o da comunhão universal de bens, o que, à época, já foi considerado um grande avanço⁸⁹.

⁸⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 71.

⁸⁷ Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais; V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

⁸⁸ Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código.

⁸⁹ Isso ocorreu pela introdução do §1º no artigo 1.611 do antigo Código Civil, com a seguinte redação: “§ 1º: O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”.

Por fim, chegou-se ao Código Civil atual, de 2002, o qual não só previu o cônjuge na primeira linha sucessória, em concorrência com os descendentes, como também, conferiu-lhe o título de herdeiro necessário. Atualmente, portanto, a ordem de vocação hereditária prevista no Código é a seguinte:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Sobre esse rol, algumas considerações são necessárias. Inicialmente, pela previsão do cônjuge em concorrência sucessória com os descendentes, o que foi uma novidade no Código, inexistente anteriormente, e que traz implicações no momento da partilha, conforme será abordado posteriormente.

Ainda, insta destacar que o art. 1.833 instituiu que, entre os descendentes, os parentes de grau mais próximo excluem aqueles de grau mais remoto, de modo que, caso o falecido tenha deixado filhos e netos, por exemplo, os filhos, por ocuparem a linha de descendência em primeiro grau, excluem os netos. A exceção para essa hipótese, contudo, ocorre quando houver direito de representação, prevista do art. 1.851 ao 1.856 do Código - herda por direito de representação aquele que for “convocado a suceder em lugar de outro herdeiro, parente mais próximo do falecido, mas anteriormente pré-morto, ausente ou incapaz de suceder no instante em que se abre a sucessão”⁹⁰. É válido lembrar que, na linha sucessória dos ascendentes, não cabe direito de representação, por força de previsão do art. 1.852⁹¹.

Outro ponto, que já fora objeto de muita polêmica, é que a sucessão do companheiro sobrevivente era tratada de forma diferenciada da sucessão do cônjuge, de forma que era disciplinada pelo art. 1.790 do Código Civil. Contudo, com o advento da decisão no Recurso Extraordinário n. 878.694 do STF⁹² houve a incorporação dos companheiros no rol de herdeiros

⁹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, volume 6: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 116.

⁹¹ Art. 1.852: O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.

⁹² DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nos 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a

legítimos, haja vista que a Suprema Corte considerou inconstitucional a distinção entre a união estável e o casamento. Porém, mesmo com o reconhecimento ao companheiro do *status* de herdeiro legítimo, ainda há polêmica a respeito da aplicação de outras garantias conferidas ao cônjuge no que tange ao direito sucessório – inclusive da reserva legal, objeto do presente trabalho. Isso porque, o julgado em comento se limitou a incluir o companheiro no rol do art. 1.829, sem fazer menção, contudo, aos demais diplomas legais⁹³.

Por fim, é importante destacar que a porção recebida pelo cônjuge ou companheiro pelo direito sucessório se difere daquela recebida à título de meação. Para melhor entendimento, traz-se as palavras de Farias e Rosenvald:

Alçado ao *status* de herdeiro necessário e permanente, há de se pontuar *que* não se confunde, sequer longinquamente, o direito à *herança* com o direito à meação do cônjuge ou do companheiro. Aquele direito (herança) é atribuído ao cônjuge sobre o *patrimônio pertencente ao falecido consorte*, em concorrência com o descendente ou ascendente ou, na ausência deles, sozinho. Este direito (meatório) é próprio, decorrendo do regime de bens do casamento ou da união estável. Dissolvido o casamento pelo divórcio, cada consorte terá direito meatório, a depender do regime de bens do casal. Diferentemente, extinta a relação pela morte de um deles, o(a) viúvo(a) fará jus à meação, de acordo com o regime de bens, e, além dela, participará da sucessão do falecido consorte, juntamente com os seus descendentes, com os seus ascendentes ou, na ausência deles, recolherá todo o patrimônio sozinho⁹⁴.

Portanto, destacados os principais pontos a respeito da sucessão legítima, principalmente no que tange ao rol da vocação hereditária, cabe abrir um tópico especial para uma classe importante dessa categoria, a qual recebe uma proteção extra, a classe dos herdeiros necessários.

3.3.2.3 Herdeiros necessários

Viu-se nos tópicos anteriores a categoria dos herdeiros testamentários e também dos herdeiros legítimos, restando, agora, analisar a classe dos herdeiros necessários.

companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso.⁴ Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “*No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002*”.

⁹³ Sobre o tema, sugere-se leitura: <https://monografias.faculdadebaianadedireito.com.br/tcc/as-omissoes-do-re-878694-e-a-sucessao-do-companheiro> Acesso em 10/03/2021.

⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 270.

Vale ressaltar, contudo, conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves, que nem todo o herdeiro legítimo é um herdeiro necessário, uma vez que, segundo o artigo 1.845 do Código, só são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, ambos sem limite de grau, e o cônjuge sobrevivente do falecido – ficando excluídos dessa proteção, portanto, os colaterais. É por isso que se pode afirmar que nem todo o herdeiro legítimo é um herdeiro necessário, mas que todo o herdeiro necessário é legítimo⁹⁵.

Assim, conforme já fora visto, os herdeiros necessários, também chamados de legitimários, reservatários, obrigatórios ou forçados têm garantido, no Código Civil vigente, em seu artigo 1.846, o direito à metade dos bens do falecido, de forma que nenhuma doação ou mesmo disposição testamentária pode ultrapassar essa quota.

Dessa forma, tendo os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente do falecido elevados à categoria de herdeiros necessários, haverá casos, quando coexistirem herdeiros de classes distintas, em que ocorrerá concorrência entre estes. São justamente os casos de concorrência, mais especificamente entre o cônjuge e os descendentes, que serão objetos do tópico seguinte.

3.4 A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Os tópicos anteriores trataram de classificar os diversos tipos de herdeiros, subdividindo-os em testamentários e legítimos. Ainda, dentro dos herdeiros legítimos, fora abordada a categoria dos herdeiros necessários, os quais, conforme mencionado, detêm a reserva de metade do patrimônio da herança.

É justamente com os herdeiros necessários que o fenômeno da concorrência sucessória pode vir a ocorrer, dando-se esta denominação pois herdeiros de classes distintas⁹⁶ – descendentes com cônjuge ou ascendente com cônjuge – irão partilhar a herança conjuntamente. Isso porque, os incisos I e II do art. 1.829 do Código Civil, já apresentado anteriormente, previram tal hipótese de concorrência, regulando-a.

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - Direito das Sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 210.

⁹⁶ Cabe uma ressalva entre a diferença de classe e grau de parentesco. Enquanto a classe se refere a um conjunto de herdeiros (ascendentes, descendentes, colaterais ou cônjuge) o grau se refere aos diversos níveis na escala hereditária que estes herdeiros podem ter (por exemplo, entre os descendentes existem os filhos, netos, bisnetos, etc). A concorrência sucessória é assim denominada, portanto, por haver diferença de classe entre os herdeiros que estão partilhando a herança.

A temática do presente trabalho, porém, ocupar-se-á em tratar da concorrência do cônjuge com os descendentes, razão pela qual esta situação será melhor explanada no tópico a seguir.

3.4.1 Da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes

A concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes inaugurou inovação legislativa no Código Civil de 2002, conforme já mencionado, trazendo uma garantia ao cônjuge que antes não lhe era conferida. Atualmente, portanto, “a lei chama primeiro à sucessão os herdeiros necessários da classe dos descendentes, em concorrência com o cônjuge, sendo convocados ao mesmo tempo duas classes de sucessores”⁹⁷ – os descendentes em aglomeração com o cônjuge sobrevivente.

Contudo, para esta concorrência sucessória acontecer, há dois requisitos que, portanto, são condicionantes. O primeiro deles, previsto na segunda parte do inciso I do art. 1.829 do Código Civil dispõe que o cônjuge sobrevivente não irá concorrer com os descendentes “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”⁹⁸. O segundo requisito, porém, previsto no art. 1.830, fala a respeito do direito sucessório do cônjuge num geral, dispondo que este direito só é reconhecido “ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”⁹⁹.

O segundo pressuposto não é de difícil compreensão, ao contrário do primeiro que é alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Diz-se isso pois é plausível reconhecer que para haver o direito sucessório é preciso que ainda esteja latente a comunhão afetiva em sua plenitude.

Portanto, a condição para que haja direito sucessório ao cônjuge é justamente aquela que foi mencionada, no capítulo anterior, como princípio norteador do casamento, qual seja: a existência de comunhão plena de vida. Em outras palavras, o legislador visou garantir que a morte tenha sido a causa da dissolução do vínculo conjugal – e não a separação ou o divórcio.

⁹⁷ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 548.

⁹⁸ Vale ressaltar que este primeiro requisito é exclusivo para concorrência entre o cônjuge e os descendentes, haja vista que em concorrência com os ascendentes o legislador deixou de fazer qualquer menção ao regime de bens. O segundo requisito, porém, é comum às duas modalidades.

⁹⁹ Em que pese não seja a temática do presente trabalho, vale ressaltar que a discussão da culpa na separação conjugal é alvo de polêmicas e divergências.

Cabe dizer, portanto, que o consorte sobrevivente é um beneficiário vidual, cujo benefício tem um caráter assistencial e condicionado à existência da comunhão de vida antes da morte do sucedido, o que, caso contrário, acarretará ausência de legitimidade ao cônjuge sobrevivente, excluindo-o da sucessão¹⁰⁰.

Assim, elemento importante para identificar quem serão os destinatários da herança é, portanto, o estado civil do *de cuius*. De igual modo, constatando-se que o estado civil era o de casado, será necessário considerar o regime de bens existente naquela relação, para apreciar se há hipótese, ou não, de concorrência com os descendentes¹⁰¹. É justamente essa outra questão que será analisada nos parágrafos a seguir.

Conforme exposto, o legislador civil optou por excluir o cônjuge da concorrência com os descendentes “se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único)¹⁰²; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”. Tal exclusão, segundo a doutrina, dá-se em razão de uma diferença existente entre os bens recebidos a título de meação, regulados pelo Direito de Família, e os bens recebidos a título de herança, regulados pelo Direito das Sucessões.

Isso porque, enquanto a meação é a metade dos bens comuns que pertence ao cônjuge em razão do regime de bens adotado pelo casal, os bens recebidos a título de herança serão aqueles em que o cônjuge não deteve meação, bens particulares, portanto. Assim, a doutrina costuma ressaltar que a meação não se confunde com a herança, entendendo, majoritariamente, que “quando o cônjuge é meeiro não é herdeiro; quando é herdeiro não é meeiro”¹⁰³. Dessa colocação, portanto, extrai-se o entendimento de que só haverá concorrência sucessória do cônjuge no que tange aos bens particulares.

Nessa toada, Rolf Madaleno expõe que o direito concorrencial do cônjuge com a classe dos descendentes está condicionado à modalidade do regime de bens e à existência de bens particulares do *de cuius*, o que impõe em dizer que os herdeiros universais são apenas os descendentes, haja vista que o cônjuge somente herdará os eventuais bens particulares do morto. Para o autor, portanto, a lógica sucessória concorrente, nestes casos, é que o cônjuge

¹⁰⁰ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 550.

¹⁰¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - Direito das Sucessões** (livro digital). 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 208.

¹⁰² Em que pese o diploma legal faça menção ao art. 1.640, parágrafo único, como o regime de separação obrigatória, é consolidada a ideia de que houve um erro na menção do referido artigo, haja vista que o correto seria o art. 1.641.

¹⁰³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 1693.

sobrevivente só venha a concorrer com os herdeiros de primeira classe se existirem bens exclusivos e incommunicáveis do defunto, pois os bens comunicáveis já teriam sido partilhados a título de meação¹⁰⁴.

É por esse entendimento que se interpreta que não haverá concorrência nos casos de regime de comunhão universal, pois, conforme visto no capítulo anterior, neste regime há comunicação dos bens¹⁰⁵, razão pela qual não há de se falar na existência de bens particulares. Nesse sentido, a concorrência do regime da comunhão parcial também só seria aceita no tocante aos bens particulares, se existissem. Por fim, a exclusão daqueles que são casados pelo regime da separação obrigatória visa garantir a visão de “proteção” do patrimônio e dos consortes que o legislador quis estabelecer ao determinar as hipóteses de adoção deste regime.

Contudo, há dois pontos em que se encontra divergência entre a doutrina e a jurisprudência: a concorrência no regime da comunhão parcial de bens e a no regime de participação final dos aquestos.

Em relação ao regime da comunhão parcial, a polêmica defluiu do fato de que o legislador não especificou no referido inciso que a concorrência se dará apenas no tocante aos bens particulares, razão pela qual há interpretações no sentido de que havendo bens particulares haverá concorrência sob todo o patrimônio a ser partilhado.

Porém tal questão parece haver sido superada, haja vista que o enunciado n. 270 do CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil assim dispôs:

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 aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

De igual modo, julgado recente do STJ¹⁰⁶ adotou tal perspectiva, consagrando o entendimento adotado no enunciado.

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 548.

¹⁰⁵ Ressalvadas as hipóteses de incommunicabilidade já abordadas oportunamente.

¹⁰⁶ Recurso especial. Civil. Direito das sucessões. Cônjuge sobrevivente. Regime de comunhão parcial de bens. Herdeiro necessário. Existência de descendentes do cônjuge falecido. Concorrência. Acervo hereditário. Existência de bens particulares do *de cuius*. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. (...). 2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cuius*. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.368.123/SP, 2.a Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, j. 22.04.2015, *DJe* 08.06.2015).

Quanto ao regime de participação final nos aquestos, a dúvida surge ante a falta de menção do referido regime no artigo em estudo, razão pela qual se discute se a intenção do legislador foi garantir, pela omissão, que neste regime haverá concorrência quanto à totalidade de bens ou se deveria ser aplicada a mesma lógica utilizada para os demais regimes: só há concorrência onde não houver meação.

No entanto, é plausível afirmar que reconhecer o direito à herança do cônjuge, casado no regime de participação final dos aquestos, sobre todo acervo hereditário, criaria tratamento jurídico injustificável. Porque, conforme explanado anteriormente, o regime da participação final nos aquestos se comporta ora como comunhão parcial e ora como separação de bens. Assim, seguindo a lógica já expressa, havendo direito de participação nos aquestos pelo cônjuge, seria dispensável sua concorrência quanto aos bens comuns, sendo cabível apenas nos bens particulares dos quais não teve direito de participação por conta do regime. Tal solução compatibiliza os interesses do cônjuge e dos descendentes, mantendo a *ratio legis* do dispositivo¹⁰⁷.

Assim, como bem expõe Carlos Roberto Gonçalves, o entendimento predominante, fundado numa interpretação teleológica do dispositivo legal, impõe concluir que a *ratio essendi* da proteção sucessória do cônjuge foi privilegiá-lo nos casos em que for desprovido de meação. Os que a detém, portanto, só devem participar no tocante aos bens particulares do morto. Consagra-se, então, a compreensão de que “o quinhão hereditário correspondente à meação do falecido nos bens comuns será, assim, repartido exclusivamente entre os descendentes, sendo que o cônjuge somente será sucessor nos bens particulares”¹⁰⁸.

Vale observar, contudo, que embora este seja o entendimento dominante na doutrina e nas decisões judiciais, diversos autores, a exemplo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, tecem duras críticas a esta visão. Isso porque, entendem que a herança deve competir, prioritariamente e com exclusividade aos filhos, sendo o cônjuge chamado a herdar apenas quando não houve prole. Para os autores, pensar diferente disso seria ignorar a dimensão atual da família brasileira, marcada pela recomposição de núcleos¹⁰⁹.

Em que pese as cabíveis críticas, fora analisado, portanto, quando o cônjuge sobrevivente terá direito à concorrência sucessória, podendo-se proceder à análise de como se

¹⁰⁷ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 554.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - Direito das Sucessões** (livro digital). 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 210.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303.

dará esta divisão, entrando-se no tema dos quinhões hereditários e analisando-se o instituto da reserva legal, objetos do tópico a seguir.

3.4.2 Do art. 1.832 e o instituto da reserva legal

Reconhecidas as hipóteses de concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, o presente tópico tem como objetivo analisar de que forma ocorrerá essa divisão e, mais do que isso, adentrará no tema central do presente trabalho, qual seja: a reserva legal.

O art. 1.832 do Código Civil possui a seguinte redação: “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.

Do mencionado dispositivo, portanto, extraem-se duas conclusões. A primeira delas, é a igualdade de quinhão hereditário do cônjuge com os descendentes que sucedem por cabeça. A segunda, é uma exceção a essa regra, pois prevê que a cota não pode ser inferior a 25%, se for ascendente dos herdeiros que concorrer. Ou seja, esta segunda previsão, denominada reserva legal, impõe uma diferenciação de quinhões entre cônjuge e descendentes, de forma que, por exemplo, se houver cinco filhos comuns em concorrência com o sobrevivente, cada um dos filhos deterá 15% do patrimônio (os 75% restantes, dividido entre os cinco) enquanto o cônjuge deterá 25%.

Assim, como bem expõem Farias e Rosenvald, a primeira parte do dispositivo garante ao viúvo a mesma cota destinada a cada descendente com quem estiver concorrendo. Dessa forma, o sobrevivente dividirá o acervo hereditário com direito a mesma cota garantida a cada descendente, entrando como mais uma cabeça. A título de exemplo, se o falecido deixou um descendente apenas, divide-se a herança em duas partes, deixando três, divide-se em três partes – uma destinada ao consorte e duas aos filhos – e assim sucessivamente¹¹⁰.

Destarte, conforme abordado por Dóris Ghilardi, a norma impõe que se o falecido deixar até três descendentes, além do cônjuge, a divisão da herança será igualitária entre todos, independentemente de estes descendentes serem comuns ou não. Porém, havendo quatro descendentes ou mais, ao cônjuge será assegurado $\frac{1}{4}$ da herança, conquanto que sejam

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 327.

descendentes comuns, dividindo-se o restante, de forma igual, entre os herdeiros de primeira classe¹¹¹.

Vale ressaltar, contudo, que essa reserva da quarta parte da herança diz respeito à herança possível do cônjuge, e não à sua totalidade, pois, como já exposto anteriormente, o cônjuge concorrerá com os descendentes apenas no tocante aos bens particulares. Porém, na hipótese de existência de somente filhos exclusivos do *de cuius*, o direito à quota mínima não lhe será garantido¹¹².

Para Rolf Madaleno, tal reserva se justifica pois o legislador viu-a como uma forma de proteger o cônjuge sobrevivente, genitor de todos os ascendentes, que se torna o chefe da família e passa a desempenhar sozinho os deveres de cuidado e sustento dos filhos comuns, de forma que, sendo ascendente de todos os demais herdeiros, o patrimônio não irá deixar a família, pois, futuramente, quando este vier a falecer, tais bens passarão a integrar a legítima¹¹³.

Em que pese a plausibilidade de tal pensamento, Giselda Hironaka bem lembra que o cônjuge supérstite não está obrigado a conservar a herança por ele recebida para integrar o futuro acervo hereditário dos seus descendentes, de forma que não há garantia de que estes bens retornarão, futuramente, aos filhos¹¹⁴.

Ainda, outra crítica que recai sobre o dispositivo legal em comento é que o legislador olvidou da existência das famílias mosaico (ou reconstituídas), já mencionadas no presente trabalho, as quais possuem filhos decorrentes das famílias de origem e filhos surgidos nas famílias reconstruídas, havendo uma lacuna na lei quanto a esta hipótese¹¹⁵.

Dessa forma, enquanto concorrerem apenas três descendentes, sejam eles exclusivos, comuns ou híbridos, o cônjuge irá, de todo modo, receber $\frac{1}{4}$ da herança, independentemente da origem destes filhos, em razão da igualdade de quinhões hereditários, de forma que não há maiores polêmicas quanto a isso. Ainda, quando concorrerem mais de três descendentes, sendo estes exclusivos do *de cuius*, resta claro que a reserva não será aplicada, em razão de o dispositivo mencionar a necessidade de o cônjuge ser ascendente dos herdeiros que concorrer.

Contudo, havendo mais de três descendentes, sendo pelo menos um deles exclusivos do autor da herança, estar-se-ia diante de hipótese de sucessão híbrida em que haveria diferença

¹¹¹ GHILARDI, Dóris. **Law and Economics aplicada à concorrência sucessória com os descendentes**. In: Everton Gonçalves; Lyza Anzanello de Azevedo; Jéssica Gonçalves. (Org.). **Direito, Justiça e Economia**. 1ed. Florianópolis: Emais Editora, 2019, v. 01, p. 146.

¹¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - Direito das Sucessões** (livro digital). 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 216.

¹¹³ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 562.

¹¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011. p. 371.

¹¹⁵ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 559.

no quinhão recebido pelo cônjuge em caso de não aplicação da reserva, situação ignorada pelo legislador civil, passando-se a questionar se seria caso de garantir, de igual modo, a reserva legal ou não.

Este é, justamente, o questionamento trazido por Dóris Ghilardi, a qual expõe o seguinte: “em razão de não haver previsão legal, dúvidas surgem no caso de filiação híbrida, ou seja, em havendo concorrência do cônjuge com herdeiros comuns e unilaterais do falecido, qual das regras é aplicável? A reserva de $\frac{1}{4}$ da herança ou a divisão igualitária entre todos?”¹¹⁶.

São justamente estes questionamentos que serão abordados no capítulo seguinte. Partindo-se de uma análise do instituto da sucessão híbrida, chegando-se às polêmicas correntes que dissertam a respeito da sucessão híbrida com mais de três descendentes. Por fim, será realizado um estudo de caso sobre a temática, a fim de observar a aplicação e a condução do judiciário da situação em comento.

4 A (IN)APLICABILIDADE DA RESERVA LEGAL DO ART. 1.832 EM CASOS DE SUCESSÃO HÍBRIDA

Até o presente momento, este trabalho ocupou-se em analisar a transformação do Direito das Famílias, abordando conceitos como o da filiação e do casamento, demonstrando que a existência de famílias mosaico é recorrente nos tempos atuais. Posteriormente, deu-se vez à abordagem do Direito das Sucessões, a fim de delimitar como ela acontece na legislação brasileira, bem como, para aprofundar a análise do instituto da concorrência sucessória, especialmente entre os descendentes e o cônjuge, adentrando-se no tema da reserva legal.

O presente capítulo, por fim, irá utilizar das construções realizadas nos dois capítulos pregressos para analisar a aplicabilidade da reserva legal do art. 1.832 nos casos de sucessão híbrida.

Conforme já fora abordado anteriormente, o art. 1.832 do Código Civil estabeleceu 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”. Da segunda parte deste artigo, pois, extraiu-se o conceito de reserva legal, que nada mais é que garantir uma cota mínima ao cônjuge quando houver mais de três herdeiros.

¹¹⁶ GHILARDI, Dóris. **Law and Economics aplicada à concorrência sucessória com os descendentes**. In: Everton Gonçalves; Lyza Anzanello de Azevedo; Jéssica Gonçalves. (Org.). **Direito, Justiça e Economia**. 1ed. Florianópolis: Emais Editora, 2019, v. 01, p. 146.

Da análise do dispositivo, portanto, não restam dúvidas acerca da aplicabilidade da reserva quando houver apenas descendentes comuns com o falecido, ensejando sua imediata aplicação. De igual modo, é inegável o afastamento da reserva quando se tratar de concorrência realizada com descendentes exclusivos do *de cuius*. Haverá dúvidas, contudo, quando se tratar de sucessão híbrida, isso é, quando coexistirem descendentes comuns e exclusivos do morto, pois o diploma legal deixou de mencionar se é necessário que o cônjuge seja ascendente de todos os herdeiros com que concorrer, para que haja a reserva, ou se a existência de ao menos um já se mostra suficiente para aplicação do direito.

Inicialmente, vale ressaltar que a expressão sucessão híbrida é atribuída à autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que em sua obra levantou a polêmica existente a respeito deste impasse, conceituando por sucessão híbrida, portanto, aquela em que estão presentes descendentes comuns e descendentes exclusivos do falecido¹¹⁷.

Disso, detém-se uma observação. Em que pese se veja muito falar que o conceito de sucessão híbrida é a presença de filhos comuns e filhos exclusivos do morto, o que não está errado, tal conceito vai muito além disso, comportando a presença, num geral, de descendentes (filhos, netos, bisnetos) comuns e exclusivos.

Isso acontece por causa do fenômeno, já abordado anteriormente, chamado direito de representação. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, enquanto os demais descendentes por cabeça ou estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau (art. 1.835 do CC). Assim, a sucessão por cabeça é aquela em que o acervo hereditário se reparte um a um, no sentido de cada quinhão ser entregue a um sucessor direto. Por sua vez, a sucessão por estirpe não acontece dessa forma, mas sim na proporção dos parentes de mesmo grau vivo ou que, sendo mortos, tenham deixado prole ainda viva¹¹⁸.

Desse modo, como entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, ressalvado o direito de representação (art. 1.833 do CC), bem como, os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes (art. 1.834 do CC), é possível afirmar que possam estar presentes na partilha da herança filhos comuns do casal e netos exclusivos do falecido, por exemplo. Isso porque, o direito de representação se dá na linha reta descendente (art. 1.852 do CC), de modo que, falecido o ascendente, a lei chama seus descendentes para o suceder em todos os direitos que teria se vivo fosse (art. 1.851). Assim,

¹¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2011. p. 371.

¹¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, pp. 243/244.

por exemplo, se herdarem dois filhos do falecido, que são irmãos portanto, sucedem por cabeça. Contudo, sendo herdeiros um filho e um neto do falecido, cujo pai já falecera, o último herda por representação.

Compreendida a dimensão que pode atingir o termo sucessão híbrida, passa-se a analisar quando esta situação pode vir a gerar problemas. Primeiramente, quando houver mais de três descendentes, pois, caso contrário, o cônjuge contará com quota parte maior do que $\frac{1}{4}$ da herança, de forma que não há necessidade de aplicação da reserva. Segundo, quando houver situação de descendentes que não sejam comuns com o autor da herança, pois no caso de ser ascendente de todos os herdeiros, a norma jurídica não deixa dúvida alguma.

Assim, o próximo tópico dedicar-se-á a apresentar o porquê de haver divergências doutrinárias a respeito da aplicação ou não da reserva legal na sucessão híbrida com mais de três descendentes, apresentando, ainda, as correntes doutrinárias que dissertam a respeito do tema. Posteriormente, à fim de ilustração da situação, far-se-á estudo de caso a respeito do tema, com Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1 A SUCESSÃO HÍBRIDA COM MAIS DE TRÊS DESCENDENTES: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

Analisado o instituto da sucessão híbrida e delimitado quando essa situação pode se tornar dúbia – na existência de mais de três descendentes, sendo pelo menos um deles exclusivo do *de cuius* – passar-se-á à análise das correntes que dissertam a respeito do tema.

A polêmica que circunda tal situação, portanto, é acerca da aplicabilidade da reserva legal nestes casos. Isso porque, estariam sendo confrontados dois interesses diametralmente opostos. Enquanto optando-se pela aplicabilidade da reserva legal, restaria resguardado o direito mínimo de $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge sobrevivente, os descendentes exclusivos do falecido seriam prejudicados, pois com a exclusão da reserva poderiam receber parcela maior do acervo hereditário. Por outro lado, optando-se pela não aplicação da reserva, não haveria garantia de uma parcela mínima ao cônjuge, contrariando a lógica já apresentada anteriormente de que o legislador civil quis garantir um patrimônio mínimo àquele que, com a morte do consorte, passou a ser o chefe da família.

Ainda, outros autores tentam conciliar os dois interesses, propondo soluções matemáticas que possam fazer aplicar tanto o dispositivo da reserva legal quanto a proteção do patrimônio hereditário do filho exclusivo. Dessa forma, o grande dilema que circunda o tema é

acerca de qual interesse deveria prevalecer: a proteção do cônjuge sobrevivente ou o interesse do descendente exclusivo de não ter seu quinhão hereditário diminuído.

Rolf Madaleno bem expõe que o princípio constitucional da igualdade de tratamento entre filhos (CF, art. 227, § 6º, CC, art. 1.596 e ECA, art. 20), exposto no presente trabalho quando tratado do tema da filiação, resta preservado quando os herdeiros comuns não superam o número de três além do ascendente sobrevivente, pois cada descendente (filhos e consorte sobrevivente) recebe vinte e cinco por cento (25%) da herança. De igual forma, restaria preservado quando existirem mais de quatro filhos comuns, pois todos seguem recebendo entre eles, irmãos bilaterais, os mesmos quinhões hereditários, que apenas se distanciam percentualmente da quota hereditária mínima de vinte e cinco por cento (25%) destinada ao cônjuge viúvo, que o é legalmente assegurada pelo art. 1.832 do Código Civil.

Contudo, pontua o autor, que as diferenças passariam a surgir, portanto, nos casos de filiação híbrida, hipótese ignorada pelo legislador. Diante desta omissão, dúvidas surgiram a respeito da aplicabilidade do instituto da reserva legal, de forma que alguns autores propõem, inclusive, fórmulas matemáticas para tentar conciliar a quantificação da quota mínima com os quinhões hereditários dos descendentes. Assim, a grande dúvida seria como conciliar tais interesses, surgindo soluções distintas, conforme a importância que cada autor dará a determinados direitos envolvidos na causa¹¹⁹.

Conforme bem expõe Hironaka, a solução para os casos desse tipo acaba ficando a critério do intérprete e aplicador do direito, que irá ponderar o argumento que julgar mais adequado, havendo risco, portanto, de surgirem decisões e soluções distintas para casos semelhantes ou até mesmo iguais¹²⁰.

Assim, basicamente, existem duas correntes doutrinárias que se debruçam na missão de encontrar uma solução para esta lacuna normativa, além de teorias próprias criadas por alguns doutrinadores e pesquisadores, que não são filiados às duas posições predominantes.

Em suma, estas correntes divergem no seguinte ponto: enquanto uma entende que a reserva legal atribuída ao cônjuge é um direito constitucional adquirido por este, sendo a vontade do legislador, outra entende que o correto seria sua não aplicação, haja vista que isso de nada beneficiaria os descendentes exclusivos do autor da herança. As correntes que fogem dessa dualidade, por sua vez, propõem cálculos matemáticos de forma a aplicar ou não a reserva

¹¹⁹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 562.

¹²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011. p. 409.

apenas em relação aos filhos comuns, o que é muito criticado por grande parcela da doutrina, haja vista afrontar o princípio da isonomia entre os filhos.

Rolf Madaleno resume as soluções encontradas para o problema em três: a primeira delas seria identificar todos os descendentes comuns e exclusivos como exclusivos e não aplicar a reserva da quarta parte; a segunda, por sua vez, seria considerar todos como sendo descendentes comuns, deferindo-se a reserva de 1/4; por fim, a terceira via seria propor soluções que conciliassem ambos os interesses, o que demandaria a divisão em sub-heranças e a adoção de cálculos matemáticos¹²¹.

São justamente estas correntes que serão abordadas nos tópicos seguintes. A primeira delas, que é majoritária, será a da não aplicação da reserva. A segunda, por sua vez, minoritária, irá defender a aplicabilidade da quota mínima. Após, apresentar-se-á as teorias capitaneadas por Eduardo de Oliveira Leite, Gilselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Augusto Monteiro de Barros.

Por fim, destaca-se que, para melhor compreensão das propostas defendidas por cada posicionamento, adotar-se-á um exemplo hipotético padrão, a fim de aplicar a solução defendida por cada corrente. Tal opção se justifica para dar uma melhor visão ao leitor a respeito do tema, ante a complexidade de alguns cálculos matemáticos.

Assim, a situação hipotética a ser validada por cada corrente será a da presença de quatro descendentes (dois filhos comuns e dois filhos exclusivos do falecido) em concorrência com o cônjuge sobrevivente, havendo, portanto, cinco herdeiros no total. O patrimônio a ser dividido entre estes, por sua vez, será de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

Dito isto, pode-se partir para a análise do primeiro posicionamento, que defende a inaplicabilidade da reserva.

4.1.1 Primeira corrente: pelo afastamento da reserva legal

A primeira corrente a ser abordada é aquela que defende o afastamento da aplicação da reserva legal nos casos de sucessão híbrida com mais de três descendentes.

Tal corrente é dita como majoritária, haja vista o grande número de doutrinadores que a ela se filiam, tais como: Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dais, Maria Helena Diniz, Maria Helena Bracero

¹²¹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 562.

Daneluzzi, Mário Delgado, Mário Roberto Carvalho de Faria, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Zeno Veloso, Flávio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹²². Além destes autores, elencados em levantamento feito pela doutrina de Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também se mostraram adeptos dessa corrente¹²³.

Pablo Stolze Gagliano afirma que a previsão do art. 1.832 do Código Civil é defeituosa e, devido a isso, seria necessário invocar a lógica razoável, através da qual se entende que a norma garante a quarta parte da herança somente quando o cônjuge for ascendente de todos os filhos. O autor justifica tal posicionamento afirmando que o dispositivo legal, por restringir direitos dos descendentes, primeira classe dos sucessores, deve ser interpretado restritivamente, de forma a impedir que o benefício ao cônjuge sobrevivente se converta em injusto privilégio. Dessa forma, estaria prestigiado o princípio constitucional da igualdade, especificamente, no plano horizontal, para um tratamento isonômico dos filhos¹²⁴.

O princípio constitucional mencionado pelo autor¹²⁵ já fora objeto de análise do presente trabalho quando abordada a igualdade de tratamento dos filhos no âmbito da filiação, na ocasião, mostrou-se que os direitos e qualificações dos filhos devem ser os mesmos, impedidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. No âmbito da sucessão híbrida, por sua vez, o princípio da isonomia entre os filhos se manifesta de outra forma, impedindo que sejam atribuídos quinhões hereditários diferentes aos filhos, em razão de serem estes irmãos bi ou unilaterais. Trata-se, portanto, de manifestações diferentes do princípio, mas que visam garantir a mesma coisa: a igualdade de tratamento, independentemente da origem da filiação.

Neste mesmo norte, Maria Helena Diniz traz a indagação do que ocorreria se houvesse filhos comuns e filhos exclusivos do falecido, trazendo o questionamento se o cônjuge sobrevivente teria ainda direito à quota de 1/4 do *monte-mor*. Para a autora, surge no presente

¹²² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 1702.

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 328.

¹²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Vol. 7. Direito das sucessões**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 234.

¹²⁵ Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada pela Emenda Constitucional no 65/2010). [...] § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

caso uma lacuna normativa, a ser preenchida pelo critério apontado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, qual seja, a da decisão com base na analogia, nos costumes e nos princípios¹²⁶. Para a autora, portanto, incidiria o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (CF, art. 227, § 6º; CC, art. 1.596), consagrado pelo nosso direito positivo. Assim, só importaria, para fins sucessórios, a relação de filiação com o *de cuius* (autor da herança) e não a existência com o cônjuge supérstite. Por isso, para que não sejam atribuídos quinhões hereditários diferentes entre os filhos, diante da omissão legal, a autora aponta que o cônjuge receberia quinhão igual ao dos filhos exclusivos, que herdaram por cabeça, não se aplicando a quota hereditária mínima de $\frac{1}{4}$. Conclui afirmando que, aplicando-se tal entendimento, prestigia-se além do princípio da isonomia, o da operabilidade (LICC, art. 5º)¹²⁷.

Carlos Roberto Gonçalves dispõe que esta primeira alternativa, ao assegurar a reserva da quarta parte somente quando todos os descendentes forem comuns, é a que melhor atende à *mens legis*, pois, em que pese o legislador tivesse a intenção de beneficiar o cônjuge, tal benesse deve, ao mesmo tempo, acarretar o menor prejuízo possível aos filhos, à medida que este patrimônio poderá ser reintegrado novamente quando houver a partilha em relação ao sobrevivente. O autor continua, argumentando que, se todos os filhos são comuns, a reserva da quarta parte, ainda que implique eventual diminuição do quinhão dos filhos, não lhes acarretará maiores prejuízos, uma vez que o quinhão destinado ao cônjuge futuramente reverteria aos filhos. Em princípio, os filhos comuns terminarão herdando parte dos bens que ficaram reservados ao cônjuge sobrevivente, fato que não ocorreria com os filhos exclusivos do *de cuius*, razão pela qual a reserva deveria ser afastada, pois em nada aproveitaria a esses descendentes¹²⁸.

Farias e Rosendal, por sua vez, consideram que a reserva legal do art. 1.832 se trata de uma norma garantidora de um privilégio, tendo em vista que fixa uma cota mínima em meio a um acervo hereditário e, por este motivo, deve ter interpretação restritiva. Para os autores, a norma em comento é defeituosa ou pouco clara, razão pela qual deve ser “seguido o mínimo”. Ou seja, a norma deveria ser interpretada restritivamente para que não haja prejuízos aos

¹²⁶ Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹²⁷ DINIZ, MARIA HELENA. Curso de Direito Civil brasileiro. v. 6. **Direito das Sucessões**. 22a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 125/128.

¹²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - Direito das Sucessões** (livro digital). 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 219.

herdeiros. Por essa razão, consideram que somente na hipótese de todos os descendentes serem comuns ao cônjuge supérstite deve prevalecer a reserva de $\frac{1}{4}$ do patrimônio a ser transmitido¹²⁹.

Glauber Salomão Leite, indaga que a partilha por cabeça na hipótese de concorrência híbrida prioriza os filhos do falecido em detrimento dos interesses do cônjuge sobrevivente. Concluindo que, alternativa diferente dessa restaria em total incoerência, ocasionando uma inversão no sistema sucessório. Para o autor, os herdeiros de primeira classe são os descendentes, de forma que não faria sentido sacrificar os benefícios desses em face do cônjuge, que pertenceria à terceira classe e apenas vem recolher a herança como um herdeiro irregular, na modalidade concorrencial¹³⁰.

Rolf Madeleno, em suas construções a respeito do tema, diz que, além dos argumentos já expostos, outros dois posicionamentos que podem servir como parâmetro para a adoção da corrente em comento. São eles o Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil e o REsp 1.617.501/RS, julgado em 11 de junho de 2019, que será, justamente, o precedente a ser analisado no estudo de caso do presente capítulo. Ambos seguem o entendimento de que não deve ser reservada a quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente que concorrem com filhos híbridos¹³¹.

O enunciado mencionado pelo autor (nº 527), por sua vez, foi elaborado na V Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal, dispondo que: “na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”. Insta-se destacar que, apesar de os enunciados servirem como um norte para os juristas em situações em que há dúvida quanto ao entendimento da legislação, estes não são vinculativos, de forma que não há obrigatoriedade de o magistrado seguir tal posição.

Em suma, portanto, apresentaram-se no presente tópico os principais argumentos trazidos por aqueles autores que defendem o afastamento da reserva legal nas hipóteses de sucessão híbrida com mais de três descendentes.

Sintetizando, os quatro argumentos que prevalecem na defesa desta teoria são que: por a reserva legal se comportar como uma restrição de direitos, deve ser interpretada de forma restritiva, a fim de impedir a concessão ao cônjuge de um injusto privilégio; a adoção de

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 328.

¹³⁰ LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge sobrevivente: concorrência com parentes do falecido**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 156.

¹³¹ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 566.

cálculos matemáticos para conciliar a aplicação da reserva com a existência de descendentes híbridos terminaria por violar o princípio da isonomia entre os filhos, à medida que distribuisse quinhões diferentes entre eles; a razão de ser da reserva estaria justificada porque o legislador supôs que, numa futura sucessão, o patrimônio voltaria a integrar o acervo hereditário dos descendentes comuns, fato que não aproveitaria os descendentes exclusivos, ensejando sua não aplicação; por fim, o legislador escolheu dar preferência, como herdeiros de primeira classe, aos descendentes, de forma que qualquer sacrifício desses em favor do cônjuge contrariaria a lógica adotada pelo Código.

Aplicando-se, portanto, o posicionamento desta corrente na situação hipotética trazida no início do capítulo, ter-se-ia que o patrimônio a ser partilhado (R\$ 240.000,00) seria dividido igualmente entre os quatro filhos (comuns e exclusivos) e o cônjuge, sem a aplicação da reserva legal. Dessa forma, os R\$240.000,00 seriam divididos entre cinco pessoas (dois filhos comuns, dois exclusivos e o cônjuge), de forma que cada um restaria com um quinhão hereditário de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais). Vejamos:

Tabela 1 – Divisão da herança segundo a corrente majoritária

DIVISÃO DA HERANÇA SEGUNDO A CORRENTE MAJORITÁRIA		
Valor recebido pelos filhos exclusivos do de cujus	R\$ 48.000,00	2 filhos = R\$ 96.000,00
Valor recebido pelos filhos comuns do casal	R\$ 48.000,00	2 filhos = R\$ 96.000,00
Valor recebido pelo cônjuge	R\$ 48.000,00	R\$ 48.000,00
TOTAL		R\$ 240.000,00

Fonte: tabela elaborada pelo autor

Visto isso, pode-se partir para a segunda corrente, que tem entendimento diametralmente oposto, opinando pela aplicabilidade da reserva em favor do cônjuge.

4.1.2 Segunda corrente: pela aplicação da reserva legal

Apresentada a primeira corrente que disserta sobre o tema, dita majoritária, o presente tópico irá tratar da parcela da doutrina que entende que a aplicação da reserva legal deve ser imposta, inevitavelmente, em todos os casos de concorrência do cônjuge com os descendentes, inclusive na sucessão híbrida com mais de três descendentes.

Esta segunda corrente, portanto, prestigia o cônjuge em desfavor dos herdeiros, entendendo que estes devem ser tratados como se todos fossem comuns, reservando-se, portanto, $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge supérstite. Entre os civilistas brasileiros que defendem tal tese estão Francisco José Cahali, José Fernando Simão e Sílvio de Salvo Venosa¹³², razão pela qual esta corrente é dita minoritária, comparando-se com a quantidade de doutrinadores que se filiam ao primeiro entendimento.

Para Venosa, portanto, a opinião que se afiguraria mais sensata e de acordo com a interpretação finalística e ética da legislação civil seria garantir, em todos os casos, a quarta parte da herança ao sobrevivente, mesmo quando haja filho dos dois leitos, pois, não tendo o legislador realizado restrição ou observação a esse respeito, procurou proteger o cônjuge sobrevivente com essa quota mínima em qualquer situação¹³³.

Em obra posterior, o autor complementou tal pensamento, afirmando que mantém a opinião de que deve ser mantida a garantia mínima em favor do cônjuge, mesmo nas hipóteses de concorrência híbrida, porque, pela construção do Código Civil de 2002, esse parece ser o espírito da lei. Dispõe, ainda que não tendo a lei feito esta distinção, não caberia ao intérprete distinguir. Reconhece o autor, porém, que esta situação pode ensejar conclusões distintas e que seu posicionamento é passível de críticas. Por fim, lamenta que haja essa lacuna na legislação, haja vista que a situação de concorrência com descendentes híbridos é cada vez mais comum¹³⁴.

José Fernando Simão, outro adepto desta corrente, defende que em havendo filiação híbrida haverá a reserva de 25% em favor do cônjuge sobrevivente pois a redação dada ao art. 1.832 limitou-se em informar que haverá a reserva se for ascendente dos herdeiros que concorrer. Assim, não tendo a lei utilizado a expressão “ascendente de todos os herdeiros”, conclui o autor que existindo ao menos um herdeiro em comum já haveria incidência da reserva, não importando se os demais herdeiros são comuns ou exclusivos. Afirma, por fim, que o espírito da lei é de não deixar o viúvo em desamparo, principalmente após as modificações trazidas pelo Código Civil de 2002, que inovou ao trazer diversas proteções ao cônjuge, a exemplo da concorrência sucessória com os herdeiros de primeira e segunda classe¹³⁵.

¹³² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 1702.

¹³³ VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direito Civil. v. 7. Direito das Sucessões**. 8a ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 131.

¹³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume 7: direito das sucessões** (livro digital). 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 140.

¹³⁵ SIMÃO, José Fernando. **Sucessão Legítima: A Concorrência do Cônjuge com os Descendentes e Ascendentes do De Cujus**. São Paulo, set. 2004. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_doutorado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2021.

Posteriormente, em outra publicação, o autor voltou a afirmar que essa posição privilegia o cônjuge em relação aos descendentes e atende ao objetivo do sistema de concorrência criado pelo Código Civil de 2002. Simão defende que toda a mudança legislativa do Código Civil de 1916 para o atual teve por escopo a proteção do cônjuge, de forma que a manutenção da reserva da quarta parte da herança vem ao encontro do objetivo do legislador, qual seja, o amparo ao cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe um patrimônio mínimo. Contudo, reconhece que em termos de prática sucessória essa posição se verifica minoritária na doutrina pátria¹³⁶.

Verifica-se que ambos os autores embasaram, em seus argumentos, que a reserva da quarta parte da herança, nos casos em estudo, justificar-se-ia em razão das mudanças legislativas trazidas pelo Código Civil de 2002 em relação ao antigo, de 1916.

Dentre essas alterações, que visam proteger o cônjuge sobrevivente, pode-se citar o já mencionado, no capítulo anterior, instituto da concorrência sucessória. Conforme exposto, o Código antigo considerava o cônjuge um herdeiro de terceira classe que só viria a receber a totalidade da herança na ausência de descendentes e ascendentes do falecido. No atual, por sua vez, o cônjuge, apesar de permanecer na terceira classe de herdeiros, tem posição de concorrência com os descendentes, a depender do regime de bens, e com os ascendentes independentemente do regime, o que foi considerado um avanço pela doutrina. Além disso, o art. 1.831¹³⁷ da legislação civil vigente, assegurou ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, o direito real de habitação ao imóvel destinado à residência familiar, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Assim, manifestada outra proteção conferida ao viúvo pelo legislador civil.

Apresentada, portanto, a segunda corrente que disserta a respeito da situação em estudo no presente trabalho, pode-se sintetizar os dois argumentos que prevalecem na defesa desse posicionamento. O primeiro deles, exposto acima, é que o Código Civil de 2002 atendeu à necessidade de modificações, haja vista os avanços ocorridos na sociedade desde o Código anterior, que era de 1916. Dentre estas modificações, portanto, estaria a proteção conferida ao cônjuge sobrevivente – como o direito à concorrência e o da real habitação – de forma que a reserva legal seria mais uma dessas garantias, devendo ser preservada, portanto. O segundo argumento diz respeito à uma questão de interpretação, pois, se o legislador não especificou a

¹³⁶ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285.

¹³⁷ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

necessidade de o cônjuge ser ascendente de todos os herdeiros para ocorrer a reserva, bastaria a existência de apenas um descendente comum para haver incidência do dispositivo.

Aplicando-se, por fim, o posicionamento desta corrente na situação hipotética que está sendo utilizada de exemplo para ilustração, ter-se-ia que do patrimônio a ser partilhado (R\$ 240.000,00), primeiro, seria retirada a reserva de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge, de forma que este viria a receber R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). O valor restante, R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) seria dividido igualmente entre os quatro filhos (comuns e exclusivos) de forma que cada filho viria a receber o quinhão de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). Vejamos:

Tabela 2 – Divisão da herança segundo a corrente minoritária

DIVISÃO DA HERANÇA SEGUNDO A CORRENTE MINORITÁRIA		
Valor recebido pelo cônjuge, aplicando-se a reserva	$\frac{1}{4}$ de R\$ 240.000,00 = R\$ 60.000,00	R\$ 60.000,00
Valor recebido pelos filhos comuns e exclusivos	Saldo excluindo-se a reserva/4 filhos = R\$ 45.000,00	4 filhos = R\$180.000,00
TOTAL		R\$ 240.000,00

Fonte: tabela elaborada pelo autor

Viu-se, portanto, até o presente momento, as duas correntes que são completamente opostas. Enquanto a primeira, já analisada, defende uma interpretação restritiva da reserva legal, a segunda, estudada nesse tópico, entende-a como um instituto garantidor da proteção do cônjuge sobrevivente, razão pela qual deve ser aplicada de forma abrangente. Assim, ambas correntes, cada qual com seus argumentos, manifestam-se ou pela total inaplicabilidade da reserva ou pela aplicação em todos os casos. As próximas três correntes a serem estudadas, por sua vez, tentam conciliar a proteção do cônjuge e a isonomia entre os filhos, utilizando-se, para isso, de soluções matemáticas.

4.1.3 Terceira corrente: Eduardo de Oliveira Leite

A terceira corrente a ser apresentada no presente estudo é atribuída a Eduardo de Oliveira Leite, que, além de ser professor titular da Universidade Federal do Paraná (UFPR),

possui pós-doutorado em Direito de Família e atua como advogado da área de Família e Sucessões¹³⁸.

Para o Professor, a divisão da herança deveria se dar de forma igual entre os descendentes, tanto para os comuns quanto para os exclusivos do morto. Após, a herança deveria ser fracionada em dois blocos: o dos filhos comuns e o dos filhos exclusivos. Da quota-parte dos filhos comuns, seria reservada ao cônjuge a quarta parte da herança. Retirada a fração do cônjuge, o restante do valor que sobrara no bloco dos filhos comuns seria repartido entre estes¹³⁹. Dessa forma, o autor considera que somente os filhos comuns deveriam ser “sacrificados” com a reserva de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge, seu ascendente, o que ensejaria, contudo, uma distinção de valor recebidos entre filhos comuns e exclusivos.

Assim, representando-se a posição defendida pelo autor, aplicada no exemplo que está sendo utilizado no presente trabalho, seria necessário, primeiramente, dividir o valor total da herança (R\$ 240.000,00) de forma igualitária entre os descendentes, o que resultaria num valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada um deles. Feito isso, fraciona-se a herança em dois blocos, o bloco dos filhos comuns – contando com R\$ 120.000,00 referente à soma dos dois filhos – e o bloco dos filhos exclusivos – contando com a mesma quantia.

Posteriormente, reserva-se apenas do bloco dos filhos comuns a quarta parte da herança, pertencente ao cônjuge, o que ensejaria uma quota-parte de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Feita a retirada do quinhão do cônjuge, o valor restante (R\$ 90.000,00) é dividido igualmente entre os filhos do bloco comum, o que ensejaria uma quota-parte de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para cada filho comum. Os filhos exclusivos, por sua vez, dividiriam o montante correspondente ao seu bloco (R\$ 120.000,00) igualmente entre si, recebendo, cada um, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Vejamos:

Tabela 3 – Divisão da herança segundo Eduardo de Oliveira Leite

DIVISÃO DA HERANÇA SEGUNDO EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE		
Valor recebido pelos filhos exclusivos do de cujus	R\$ 60.000,00	2 filhos = R\$ 120.000,00
Valor recebido pelos filhos comuns do casal	R\$ 45.000,00	2 filhos = R\$ 90.000,00

¹³⁸ Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2137104949490292> (acesso em 19 de abril de 2021).

¹³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges**. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Questões controvertidas*. São Paulo: Métodos, 2003. v. 1. p. 459.

Valor recebido pelo cônjuge	R\$ 30.000,00	R\$ 30.000,00
TOTAL		R\$ 240.000,00

Fonte: tabela elaborada pelo autor

Note-se, portanto, que dentre as teorias apresentadas, esta é a primeira em que filhos recebem quotas-partes diferentes, conforme sejam exclusivos ou comuns. Razão pela qual é alvo de críticas, assim como a próxima a ser apresentada, por admitir que descendentes recebam valores diferentes a título de herança, o que para Rolf Madaleno, por exemplo, iria de encontro ao art. 1.834 do Código Civil e também contra o art. 227, § 6º, da Carta Federal¹⁴⁰.

4.1.4 Quarta corrente: Gilselda Hironaka

Gilselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, é Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), onde também atua como professora. Além disso, é ex-Procuradora Federal, sendo conhecida no meio acadêmico por suas produções a respeito do Direito de Família e Sucessões, sendo a ela atribuído, conforme já visto, o termo “sucessão híbrida”, objeto deste trabalho¹⁴¹.

Antes de apresentar a teoria estudada pela autora, contudo, faz-se necessário uma observação. Isso porque, em que pese diversas obras apontem que a autora é defensora desta corrente, tal afirmação não é verdadeira. O que a autora fez foi apresentar e desdobrar a proposta defendida por alguns autores – denominada de “proporcional” – que apontavam que a solução necessária para o caso seria subdividir a herança em dois montes (dos filhos comuns e dos filhos exclusivos) e aplicar em cada monte as suas regras de concorrência, ou seja, com os filhos comuns aplica-se a reserva e com os exclusivos deixa-se se aplicar¹⁴². A própria autora, conforme se verá à frente, tece críticas a essa solução.

Basicamente, a proposta apresentada prevê a divisão do acervo hereditário em dois submontes, um proporcional ao número de descendentes comuns e outro proporcional ao número de descendentes exclusivos. Em cada monte, portanto, aplica-se a sua regra própria. No monte dos filhos comuns, o cônjuge concorre com a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança. No monte dos filhos exclusivos, porém, o cônjuge concorre em par de igualdade, dividindo-se a herança por

¹⁴⁰ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 566.

¹⁴¹ Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1695562485170726> (acesso em 19 de abril de 2021).

¹⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011. p. 409.

cabeça, sem aplicação da reserva legal¹⁴³. Dessa forma, portanto, o quinhão pertencente ao cônjuge seria a soma do valor recebido na concorrência em cada submonte.

Aplicando-se esta tese no exemplo que está sendo utilizado no presente trabalho, primeiramente, divide-se o acervo total (R\$ 240.000,00) em dois submontes proporcionais ao número de descendentes, restando cada um deles com R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). Do submonte dos filhos comuns, o cônjuge concorre com a incidência da reserva de $\frac{1}{4}$, o que corresponde à quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). O valor restante, divide-se igualmente entre os filhos comuns, de forma que cada um receberia R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Já no submonte dos filhos exclusivos, o cônjuge concorreria de forma igualitária, de modo que o valor do submonte (R\$ 120.000,00) restaria dividido igualmente entre os dois filhos exclusivos e o cônjuge, recebendo, cada um deles, a quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). O cônjuge, nesse caso, receberia a título de herança o valor correspondente à soma do valor que recebeu concorrendo em cada submonte, o que resultaria a quantia de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Vejamos os dados tabelados:

Tabela 4 – Divisão da herança segundo Hironaka

DIVISÃO DA HERANÇA SEGUNDO HIRONAKA		
Valor recebido pelos filhos exclusivos do <i>de cuius</i>	2 filhos + cônjuge = R\$ 40.000,00 para cada filho	2 filhos = R\$ 80.000,00
Valor recebido pelos filhos comuns do casal	R\$ 120.000,00, excluindo-se $\frac{1}{4}$ = R\$ 45.000,00	2 filhos = R\$ 90.000,00
Valor recebido pelo cônjuge	R\$ 40.000,00 referente ao monte dos filhos exclusivos e R\$ 30.000,00 referente ao monte dos filhos comuns	R\$ 70.000,00
TOTAL		R\$ 240.000,00

Fonte: tabela elaborada pelo autor

A própria professora Hironaka, em publicação para a Revista Imes (2002), entende que esta não é a melhor solução para os casos de filiação híbrida. Nas palavras da autora, destaca que senão em circunstância real excepcionalíssima, essa composição matemática não

¹⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2011. p. 412.

conseguiria atender aos preceitos legais envolvidos (art. 1.829, I e 1.832), e não garantiria a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos descendentes da mesma classe, conforme determina o art. 1.834, de caráter constitucional – o princípio da isonomia entre os filhos, já trazido no presente trabalho. Desse modo, nem se conseguiria obter – por esta proposta imaginada conciliatória – iguais quinhões para os herdeiros da mesma classe (comuns ou exclusivos), nem seria razoável que a quarta parte garantida ao cônjuge fosse complementada por subtração levada a cabo tão somente sobre a parte do acervo destinada aos descendentes comuns¹⁴⁴.

Apresentada esta teoria, denominada proporcional ou conciliatória, parte-se para a análise da última corrente, capitaneada por Flávio Augusto Monteiro de Barros.

4.1.5 Quinta corrente: Flávio Augusto Monteiro de Barros

Flávio Augusto Monteiro de Barros acumula em sua carreira a atuação como Juiz de Direito, Promotor de Justiça e Procurador do Estado. Atualmente, contudo, exerce a docência, tendo, inclusive, seu próprio curso preparatório para carreiras jurídicas¹⁴⁵. É com a teoria proposta pelo autor que se fechará a análise das propostas apresentadas para solução dos impasses envolvendo a sucessão híbrida com mais de três descendentes.

O Professor desenvolveu um pensamento que buscasse alinhar os preceitos constitucionais, fazendo valer o princípio da igualdade entre todos os filhos e também a proteção da quota mínima ao cônjuge. O primeiro passo a ser traçado, portanto, seria a divisão da herança entre todos os filhos e o cônjuge. Após isso, exclui-se a parte dos filhos exclusivos desse valor total, aplicando-se a reserva de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge sobre o valor restante. Feito isso, subtrai-se do montante da herança o valor correspondente à reserva do cônjuge, dividindo o resultado pelo número total de filhos, tanto comuns como exclusivos¹⁴⁶.

Aplicando-se a proposta apresentada pelo autor na situação fictícia abordada no presente trabalho, primeiro, faz-se a divisão do montante total da herança (R\$ 240.000,00) entre todos os filhos e o cônjuge, chegando à quantia de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) para cada. Após, seria necessário excluir a parte pertencente aos dois filhos exclusivos (R\$

¹⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro – **Disposições gerais e sucessão legítima**. Revista Imes, São Caetano do Sul, vol. 5, Julho/dezembro 2002.

¹⁴⁵ Informações retiradas do site do autor: <https://cursofmb.com.br/historico/> (acesso em 19 de abril de 2021).

¹⁴⁶ MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Manual de Direito Civil. Família e Sucessões**. São Paulo: Método, 2004. v. 4. p. 208.

96.000,00) do valor total da herança, chegando-se ao valor de R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais). Deste valor, seria retirada a quarta parte, pertencente ao cônjuge, o que corresponderia a R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais). Feito tudo isso, subtrai-se do montante da herança o valor correspondente à parte do cônjuge, procedendo-se à divisão do resultado pelo número total de filhos, qual seja, quatro, o que ensejaria um quinhão de R\$ 51.000,00 (cinquenta e um mil reais) para cada filho. Vejamos:

Tabela 5 – Divisão da herança segundo Monteiro de Barros

DIVISÃO DA HERANÇA SEGUNDO MONTEIRO DE BARROS		
Valor recebido pelo cônjuge	R\$ 36.000,00	R\$ 36.000,00
Valor recebido pelos filhos comuns e exclusivos	R\$204.000,00 resultantes da exclusão do quinhão do cônjuge/4 filhos = R\$ 51.000,00	4 filhos = R\$ 204.000,00
TOTAL		R\$ 240.000,00

Fonte: tabela elaborada pelo autor

Apresentadas todas as correntes doutrinárias que dissertam a respeito da sucessão híbrida com mais de três descendentes e, mais do que isso, tendo-se aplicado cada uma dessas teorias num exemplo hipotético, achou-se válido trazer ao leitor um resumo das informações resultantes em cada um dos cálculos, a fim de que se possa comparar a variação de quinhões recebidos tanto pelo cônjuge, como pelos filhos comuns e exclusivos, conforme se adote determinado posicionamento. Vejamos:

Tabela 6 – Comparação geral entre as cinco correntes

	Valor recebido pelo cônjuge	Valor recebido pelos filhos comuns	Valor recebido pelos filhos exclusivos
Corrente 1	R\$ 48.000,00	R\$ 48.000,00	R\$ 48.000,00
Corrente 2	R\$ 60.000,00	R\$ 45.000,00	R\$ 45.000,00
Corrente 3	R\$ 30.000,00	R\$ 45.000,00	R\$ 60.000,00
Corrente 4	R\$ 70.000,00	R\$ 45.000,00	R\$ 40.000,00
Corrente 5	R\$ 36.000,00	R\$ 51.000,00	R\$ 51.000,00

Fonte: tabela elaborada pelo autor

Estabelecido, portanto, um comparativo entre todas as correntes, pode-se perceber que há variação de valores entre cada caso, de forma que conforme seja adotado determinado posicionamento, alguma categoria de herdeiros será favorecida, ante a alternância de valores a serem recebidos. Visto isso, entende-se importante encerrar este capítulo trazendo à tona um caso concreto, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema, a fim de que se possa analisar como que os casos de sucessão híbrida vêm chegando ao Judiciário, bem como, qual a solução concreta e os argumentos jurídicos utilizados pelo Tribunal para decidir tais fatos.

4.2 ESTUDO DE CASO: REsp 1.617.501/RS

Apresentadas as teorias que dissertam a respeito da sucessão híbrida com mais de três descendentes, bem como, estabelecido um comparativo entre cada uma delas, entendeu-se válido trazer à baila um estudo de caso acerca do tema, a fim de que se possa não só averiguar como os casos concretos de sucessão híbrida vêm chegando aos tribunais, mas também a forma e os fundamentos que estão sendo utilizados para decisão destes fatos.

Para isso, escolheu-se utilizar do caso abordado no REsp 1.617.501/RS, de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, da Terceira Turma do STJ, julgado em 11 de junho de 2019¹⁴⁷.

Justifica-se a escolha por este caso pois, primeiramente, trata-se do primeiro caso que chegou ao STJ a respeito do tema da sucessão híbrida, inaugurando o entendimento da Corte em relação ao tema em comento. Além disso, o caso é extremamente recente, tendo por data de julgamento junho de 2019, de forma que se comunica com a realidade das famílias reconstituídas vivida nos tempos atuais. Por fim, o caso foi julgado com extrema seriedade, de forma que traz longas páginas de fundamentação, abordando diversos conceitos doutrinários, que podem agregar no presente estudo.

Por oportuno, colaciona-se a ementa do referido caso:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. CONCORRÊNCIA HÍBRIDA. FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS. ART. 1790, INCISOS I E II, DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. APLICAÇÃO AO CÔNJUGE OU CONVIVENTE SUPÉRSTITE DO ART. 1829, INCISO I, DO CC/2002. DOAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DA METADE DISPONÍVEL. SÚMULAS 282/STF E 7/STJ.

¹⁴⁷ STJ, REsp 1.617.501/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2019, *DJe* 01/07/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1821038&num_registro=201602009126&data=20190701&formato=PDF (acesso em 13 de abril de 2021).

1. Controvérsia em torno da fixação do quinhão hereditário a que faz jus a companheira, quando concorre com um filho comum e, ainda, outros seis filhos exclusivos do autor da herança.
2. O Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do e. Min. Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do RE 878.694/MG, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CCB tendo em vista a marcante e inconstitucional diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável.
3. Insubsistência da discussão do quanto disposto nos incisos I e II do art. 1.790, do CCB, acerca do quinhão da convivente - se o mesmo que o dos filhos (desimportando se comuns ou exclusivos do falecido) -, pois declarado inconstitucional, reconhecendo-se a incidência do art. 1.829 do CCB.
4. "Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus." (REsp 1368123/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 08/06/2015)
5. Necessária aplicação do direito à espécie, pois, reconhecida a incidência do art. 1.829, I, do CCB e em face da aplicação das normas sucessórias relativas ao casamento, aplicável o art. 1.832 do CCB, cuja análise deve ser, de pronto, realizada por esta Corte Superior, notadamente em face da quota mínima estabelecida ao final do referido dispositivo em favor do cônjuge (e agora companheiro), de 1/4 da herança, quando concorre com seus descendentes.
- 6. A interpretação mais razoável do enunciado normativo do art. 1.832 do Código Civil é a de que a reserva de 1/4 da herança restringe-se à hipótese em que o cônjuge ou companheiro concorrem com os descendentes comuns. Enunciado 527 da Jornada de Direito Civil.**
- 7. A interpretação restritiva dessa disposição legal assegura a igualdade entre os filhos, que dimana do Código Civil (art. 1.834 do CCB) e da própria Constituição Federal (art. 227, §6º, da CF), bem como o direito dos descendentes exclusivos não verem seu patrimônio injustificadamente reduzido mediante interpretação extensiva de norma.**
- 8. Não haverá falar em reserva quando a concorrência se estabelece entre o cônjuge/companheiro e os descendentes apenas do autor da herança ou, ainda, na hipótese de concorrência híbrida, ou seja, quando concorrem descendentes comuns e exclusivos do falecido.**
- 9. Especificamente na hipótese de concorrência híbrida o quinhão hereditário do consorte há de ser igual ao dos descendentes.**
10. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (grifo nosso)

Apresentada a ementa do caso, será abordado, no tópico seguinte, um resumo dos fatos e das controvérsias envolvendo o julgado, a fim de situar o leitor. Posteriormente, serão colacionados os argumentos explanados pelo Relator para justificativa do voto, bem como, a decisão estabelecida para o caso.

4.2.1 Situação fática

O caso em comento no presente tópico se trata de um Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No caso em tela, o homem viveu em união estável com sua companheira desde outubro de 1977 até a data do seu óbito, em 29 de março de 2012. Da união, ambos tiveram um filho, sendo que o falecido detinha, ainda, outros seis filhos exclusivos.

Nas razões do caso, discutia-se a legitimidade do Ministério Público para interposição do Recurso, bem como, a validade de uma doação nua da propriedade de imóvel feita pelo *de cuius* à companheira no ano de 1980.

A controvérsia central do Recurso, porém, circundava em torno da fixação do quinhão hereditário cabível à companheira. Inicialmente, seria necessário decidir qual a regra de concorrência cabível ao caso, se a do art. 1.790 do Código Civil ou se a do art. 1.829, I. Após isso, se reconhecido que a regra aplicável seria a do art. 1.829, I do CC/2002, discutir-se-ia acerca da aplicabilidade do instituto da reserva legal, haja vista se tratar de sucessão híbrida em que concorrem um filho comum e seis filhos exclusivos do falecido.

Sintetizados os fatos abordados no presente Recurso Especial, pode-se proceder à análise dos argumentos e da decisão do caso.

4.2.2 Os argumentos jurídicos e da decisão do caso

Apresentada a situação fática do julgado objeto do estudo de caso do presente capítulo, ressalta-se, em que pese haja outras controvérsias jurídicas a serem analisadas no caso, dar-se-á prioridade de análise à qual regra sucessória deveria ser aplicada ao caso, mais especificadamente, ainda, acerca da aplicabilidade da reserva legal.

O primeiro ponto a ser analisado, portanto, é acerca de qual regra de concorrência deveria ser aplicada ao presente caso. Conforme já abordado, o caso em comento trata-se de uma situação de união estável¹⁴⁸, instituto que, inicialmente, o Código Civil de 2002 atribuiu regras sucessórias diferentes das atribuídas ao regime de casamento.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, no caso em tela, que não pode haver distinção de tratamento sucessório entre o casamento e a união estável, entre o cônjuge e o companheiro, portanto. Isso porque, segundo o relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido como inconstitucional a diferenciação dos

¹⁴⁸ Em que pese o caso em estudo se tratar de uma hipótese de união estável, ressalta-se, conforme já exposto ao longo da pesquisa, que o presente trabalho se propôs a uma análise do instituto da reserva legal em relação ao cônjuge, por entender, conforme explanado, que o casamento é ato dotado de formalidade e solenidade. Assim, a escolha do precedente em estudo para abordar a temática deu-se, unicamente, em razão de inaugurar entendimento a respeito do instituto da reserva legal na sucessão híbrida, motivo pelo qual não serão feitas maiores explicações em relação à sua aplicabilidade na união estável, apesar de sua abordagem pelo relator.

regimes sucessórios do casamento e da união estável, ao julgar o RE 878.994, já abordado no presente trabalho. "Ocorre que o artigo 1.790 do CC foi declarado, incidentalmente, inconstitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 878.694, sendo determinada a aplicação ao regime sucessório na União Estável o quanto disposto no artigo 1.829 do CC acerca do regime sucessório no casamento", aduziu o relator.

Resolvida essa primeira controvérsia, o Relator entendeu, portanto, que a regra de concorrência sucessória a ser aplicada ao presente caso é a mesma prevista para o cônjuge, ou seja, do art. 1829, I, do Código Civil. Mais do que isso, o Ministro entendeu que não somente a regra de concorrência sucessória deveria ser aplicada ao companheiro, como também as demais garantias conferidas ao cônjuge, a exemplo do instituto da reserva legal – vale recordar que já foi mencionado no presente trabalho que tal posicionamento é controverso.

Assim, considerando-se que na constância da união estável o regime de bens que vigora é o da comunhão parcial de bens, haveria concorrência do companheiro no tocante aos bens particulares deixados pelo falecido, conforme já estudado no presente trabalho. A controvérsia agora, portanto, é acerca aplicabilidade da reserva legal do art. 1.832 ao presente caso, haja vista que, conforme explanado, trata-se de uma concorrência do companheiro com um filho comum e seis filhos exclusivos, estando-se diante, portanto, de uma sucessão híbrida.

Para decidir a respeito do tema, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino utilizou-se da doutrina civilista brasileira. Organizou-se, portanto, cinco tabelas, demonstrando as cinco teorias existentes acerca do tema, os doutrinadores que a elas se filiam, bem como, o procedimento a ser adotado por cada uma delas. Após, o Relator dedicou-se em aplicar cada uma dessas teorias ao caso em julgamento, demonstrando a variação de quinhões hereditários que ocorreria, conforme a corrente que fosse adotada, bem como, a fim de ilustrar qual corrente parecia ser a mais coerente para aplicação no caso concreto. Anote-se que se deixou de trazer estes cálculos ao presente trabalho haja vista que procedimento similar a este já foi realizado quando do estudo das correntes, no tópico anterior.

Após a análise de todas as teorias, o Ministro decidiu pela prevalência da corrente majoritária, que entende pela inaplicabilidade da reserva legal nas hipóteses de sucessão híbrida.

Apoiando-se nas lições de Paulo Lobo (2019), que também segue este posicionamento, o Ministro justifica que na situação de conjugação de filhos exclusivos do *de cuius* e de filhos comuns dele e do cônjuge sobrevivente, este fará *jus* a uma quota igual à de cada um dos filhos sobre os bens particulares deixados. Na opinião do doutrinador, a existência de apenas um filho exclusivo do *de cuius* já se faz suficiente para impedir a incidência da garantia da quota mínima,

pois esta é restrição de direito que não admite interpretação extensiva. E se preservasse, por operação matemática, o valor da quota dos filhos exclusivos, a diminuição correspondente das quotas dos filhos comuns, para satisfazer a quota mínima do cônjuge, conduziria à discriminação de tratamento entre os filhos, em razão de suas origens, violando a vedação constitucional. Portanto, apenas quando de filhos comuns se tratar, pode-se cogitar de quota mínima em favor do cônjuge sobrevivente. Nas demais situações, sua quota é igual à de cada um dos filhos do *de cuius*.

Ainda, o Ministro trouxe para solução do caso os ensinamentos do Professor Mairan Gonçalves Maia Júnior (2018) que dispõe que as regras que se pretendem harmonizar, simplesmente não são compatíveis, haja vista que está em questão a aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre os herdeiros de mesma classe, no caso os descendentes que, por força de preceito constitucional, hão de ser tratados de modo isonômico. Isso significa dizer que, obrigatoriamente, deverão receber o mesmo quinhão hereditário. Para o autor, a reserva de quota para o cônjuge constitui regra de aplicação especial pois, como já ressaltado, não atende ao princípio da igualdade entre os herdeiros chamados na mesma ordem de vocação sucessória. Por esse motivo, há de ser interpretada e aplicada como regra de exceção e, somente, na precisa hipótese abstratamente prevista pelo art. 1.832, ou seja, quando concorrer exclusivamente com descendentes comuns. Conclui dizendo que na sucessão do cônjuge com descendência híbrida deve, simplesmente, ser aplicado o princípio da igualdade entre todos os herdeiros, destinando a mesma quota para cada um deles, sem reserva de cota mínima para o cônjuge sobrevivente.

Por fim, o relator lembra que este entendimento foi trazido pela orientação adotada pela 5ª Jornada de Direito Civil do CJF, no seu enunciado 527, dispondo: “na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”, conforme já apontado no presente estudo.

Assim, analisadas, pois, as várias teses e posicionamentos doutrinários, o Relator concluiu que a solução alvitada pela maioria da doutrina brasileira havia de ser endossada pela Corte. Em resumo, concluiu-se que a reserva de no mínimo 1/4 da herança em favor do consorte do falecido ocorrerá apenas quando concorra com seus próprios descendentes (e eles superem o número de 3). “Em qualquer outra hipótese de concurso com filhos exclusivos, ou comuns e exclusivos, não haverá a reserva de 1/4 da herança ao cônjuge ou companheiro sobrevivente”.

No caso em tela, portanto, decidiu-se que a companheira deveria concorrer com os demais herdeiros sobre os bens particulares do falecido, valendo-se cada qual – companheira, filhos exclusivos, filhos comuns – do mesmo quinhão hereditário em relação aos bens particulares.

Registra-se, portanto, a importância do presente caso que, além de proclamar um entendimento a respeito da aplicabilidade da reserva legal nas hipóteses de sucessão híbrida, também entendeu que tal direito, quando aplicável, é também cabível ao companheiro sobrevivente, o que também é alvo de controvérsias doutrinárias.

Assim, em que pese não se esteja diante de um esgotamento do tema, enquanto não houver uma reforma legislativa do referido diploma legal, a decisão se apresenta como um marco inicial para a fixação de um entendimento, servindo como precedente para casos semelhantes trazidos ao Poder Judiciário. Por esta razão, escolheu-se-a para fazer o fechamento do presente capítulo, encerrando as discussões acerca da (in)aplicabilidade da reserva legal prevista no art. 1.832 do Código Civil em casos de sucessão híbrida.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu trazer a análise da (in)aplicabilidade da reserva legal do art. 1.832 do Código Civil ao cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de concorrência em sucessão híbrida. Por oportuno, considera-se importante ressaltar que, devido à metodologia empregada, a presente pesquisa não objetivou exaurir a complexa temática.

O pano de fundo do presente estudo girou em torno do conceito de sucessão híbrida e seus desdobramentos. Dessa forma, os primeiros conceitos analisados foram, justamente, os elementos do Direito de Família, a fim de entender o que é a sucessão híbrida e por que ela ocorre. Posteriormente, atravessou-se a temática do Direito Sucessório, chegando-se ao instituto da concorrência, especificamente, a concorrência entre cônjuge e descendentes. Por fim, estudado o conceito de reserva legal, procedeu-se à abordagem acerca das correntes que discutem sua aplicabilidade nas hipóteses de sucessão híbrida com mais de três descendentes.

Conforme abordado ao longo da pesquisa, o termo ‘sucessão híbrida’ retrata a situação de sucessão onde há filhos comuns do cônjuge sobrevivente com o falecido e filhos exclusivos do *de cuius*. Em razão disso, o primeiro capítulo preocupou-se em abordar três temas: a filiação, o casamento e o regime de bens. A filiação para que se pudesse entender a origem dos filhos comuns e as possibilidades de filho exclusivo do falecido. O casamento para que se compreendesse como inicia a relação conjugal, criando o vínculo matrimonial, a fim de que pudesse haver um cônjuge concorrente. Por fim, o regime de bens, que influencia, diretamente, na concorrência do cônjuge, ou não, no momento da sucessão.

Sobre a temática da filiação, mereceu destaque a disposição constitucional trazida pela Carta Magna de 1988, que instituiu a igualdade de tratamento entre os filhos, conhecido como princípio da isonomia. Dessa forma, restou impedida não só a desigualdade de direitos entre os filhos, quaisquer sejam suas origens, bem como, adoção de termos discriminatórios. Assim, apesar de a legislação civil conferir uma presunção de paternidade e maternidade aos filhos havidos na constância do casamento, as demais formas de filiação também se encontram amparadas juridicamente, de forma que também são reconhecidos os filhos havidos fora de relacionamentos, os filhos socioafetivos e também os filhos adotivos.

Como visto, essa pluralidade de modalidades de filiação, bem como, a possibilidade de celebração de novos vínculos conjugais, deu origem a termos como famílias mosaico, reconstituídas, recompostas, recombinadas, *patchwork* - expressões que tentam ilustrar a realidade das famílias contemporâneas, marcadas por pluralidade de vínculos afetivos num

mesmo núcleo familiar. É justamente por conta deste novo arranjo familiar, que vem sendo uma realidade nos tempos atuais, que a sucessão híbrida vem a ocorrer com frequência.

Compreendida a complexidade e a pluralidade que o conceito de família pode abarcar, o segundo capítulo visou abordar o Direito das Sucessões no Código Civil de 2002.

Conforme visto, este ramo do Direito tem como objetivo dar uma continuidade à pessoa humana, mesmo após a morte, perpetuando as relações jurídicas contraídas durante a vida. Isso porque, aquele que veio a falecer, durante sua vida contraiu obrigações, celebrou contratos, fez dívidas, adquiriu patrimônio, e esses vínculos jurídicos precisam ser continuados. Em resumo, portanto, o Direito Sucessório pretende resolver dois pontos: o destino das obrigações deixadas pelo morto e quem deterá isso.

O primeiro deles trata do conjunto de direitos e obrigações celebrados pelo falecido, que constituem o chamado acervo hereditário. O segundo, conforme visto, trata daqueles que deterão a capacidade sucessória, ou seja, a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança. Dentre os sujeitos que detêm capacidade sucessória é possível estabelecer uma classificação destes, distinguindo-os entre herdeiros testamentários e herdeiros legítimos.

O presente trabalho preocupou-se em retratar a categoria dos herdeiros legítimos, mais especificamente, uma categoria especial destes, chamada de herdeiros necessários. A estes - descendentes, ascendentes, ambos sem limite de grau, e o cônjuge sobrevivente do falecido - ficou reservado, pelo artigo 1.846 do Código Civil, o direito à metade dos bens do falecido, de forma que nenhuma doação ou disposição testamentária pode ultrapassar essa cota.

É justamente entre esta categoria de herdeiros que pode vir a ocorrer o instituto da concorrência sucessória, haja vista que herdeiros de classes distintas irão partilhar a herança conjuntamente, por força de previsão dos incisos I e II do art. 1.829 do Código Civil. Para a abordagem do presente trabalho, a concorrência que se destacou foi aquela ocorrida entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes.

Foi visto que, para que esta modalidade de concorrência ocorra, são necessários dois requisitos. O primeiro deles, em resumo, é que o cônjuge só irá concorrer naqueles bens onde não deteve direito à meação, por conta do regime de bens vigente na relação. O segundo requisito, previsto no art. 1.830 do Código, requer, em suma, que ao tempo da morte, ainda estivesse latente a comunhão afetiva em sua plenitude.

Esta concorrência entre o cônjuge e os descendentes, portanto, é regulamentada pelo art. 1.832 da legislação civil, do qual se extraiu duas conclusões. A primeira delas, é a igualdade de quinhão hereditário do cônjuge com os descendentes que sucedem por cabeça. A segunda, é uma exceção a essa regra, pois prevê que a cota não pode ser inferior a 25%, se for ascendente

dos herdeiros que concorrer. Ou seja, esta segunda previsão, denominada reserva legal, impõe uma diferenciação de quinhões entre cônjuge e descendentes, de forma que, por exemplo, se houver cinco filhos comuns em concorrência com o sobrevivente, cada um dos filhos deterá 15% do patrimônio (os 75% restantes, dividido entre os cinco) enquanto o cônjuge deterá 25%.

É justamente esse instituto da reserva legal que foi objeto de estudo do presente trabalho, especificamente a respeito da sua aplicabilidade nas hipóteses de sucessão híbrida. Tal discussão se dá em razão de o legislador civil não ter afirmado se há necessidade de que o cônjuge seja ascendente de todos os herdeiros que concorrer para ocorrência da reserva, fato que gera lacuna no ordenamento jurídico quando há a presença de mais de três descendentes.

O derradeiro capítulo da presente pesquisa, portanto, ocupou-se em abordar as correntes que dissertam a respeito da aplicabilidade deste instituto jurídico. Conforme visto, na situação em tela, estariam sendo confrontados dois interesses diametralmente opostos. Enquanto optando-se pela aplicabilidade da reserva legal, restaria resguardado o direito mínimo de $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge sobrevivente, os descendentes exclusivos do falecido seriam prejudicados, pois com a exclusão da reserva poderiam receber parcela maior do acervo hereditário.

Por outro lado, optando-se pela não aplicação da reserva, não haveria garantia de uma parcela mínima ao cônjuge, contrariando a lógica de que o legislador civil quis garantir um patrimônio mínimo àquele que, com a morte do consorte, passou a ser o chefe da família. Ainda, outros autores tentam conciliar os dois interesses, propondo soluções matemáticas que possam fazer aplicar tanto o dispositivo da reserva legal quanto a proteção do patrimônio hereditário do filho exclusivo. Dessa forma, o grande dilema que circundou o terceiro capítulo é acerca de qual interesse deveria prevalecer: a proteção do cônjuge sobrevivente ou o interesse do descendente exclusivo de não ter seu quinhão hereditário diminuído.

Para a primeira corrente abordada, dita majoritária entre os pesquisadores que estudam o tema, ante a sua ampla filiação doutrinária, a reserva legal deve ser interpretada de forma restritiva, a fim de impedir a concessão ao cônjuge de um injusto privilégio. Além disso, os defensores deste posicionamento entendem que o princípio que deve prevalecer na concorrência sucessória é o da isonomia entre os filhos, de forma que a adoção de qualquer solução que venha a causar desigualdade de quinhões entre estes merece ser afastada.

Porém, a segunda corrente retratada, minoritária, argumenta que o Código Civil de 2002 atendeu à necessidade de modificações, haja vista os avanços ocorridos na sociedade desde o Código anterior, que era de 1916. Dentre estas modificações, portanto, estaria a proteção conferida ao cônjuge sobrevivente, de forma que a reserva legal seria mais uma dessas

garantias, devendo ser preservada, portanto. Ainda, aduz que se o legislador não especificou a necessidade de o cônjuge ser ascendente de todos os herdeiros para ocorrer a reserva, bastaria a existência de apenas um descendente comum para haver incidência do dispositivo.

A terceira corrente, capitaneada por Eduardo de Oliveira Leite, entende que a divisão da herança deveria se dar de forma igual entre os descendentes, tanto para os comuns quanto para os exclusivos do morto. Após, a herança deveria ser fracionada em dois blocos: o dos filhos comuns e o dos filhos exclusivos. Da quota-parte dos filhos comuns, seria reservada ao cônjuge a quarta parte da herança. Retirada a fração do cônjuge, o restante do valor que sobrara no bloco dos filhos comuns seria repartido entre estes. Dessa forma, o autor considera que somente os filhos comuns deveriam ser “sacrificados” com a reserva de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge, seu ascendente, o que ensejaria, contudo, uma distinção de valor recebidos entre filhos comuns e exclusivos.

A quarta corrente, denominada proporcional, é desdobrada pela professora Giselda Hironaka, defendendo a divisão do acervo hereditário em dois submontes, um proporcional ao número de descendentes comuns e outro proporcional ao número de descendentes exclusivos. Em cada monte, aplica-se a sua regra própria. No monte dos filhos comuns, o cônjuge concorre com a reserva de $\frac{1}{4}$ da herança. No monte dos filhos exclusivos, porém, o cônjuge concorre em par de igualdade, dividindo-se a herança por cabeça, sem aplicação da reserva legal.

A quinta e última corrente apresentada é proposta por Flávio Augusto Monteiro de Barros, que visou elaborar um pensamento que buscasse alinhar os preceitos constitucionais, fazendo valer o princípio da igualdade entre todos os filhos e também a proteção da quota mínima ao cônjuge. O primeiro passo a ser traçado, para o autor, seria a divisão da herança entre todos os filhos e o cônjuge. Após isso, exclui-se a parte dos filhos exclusivos desse valor total, aplicando-se a reserva de $\frac{1}{4}$ ao cônjuge sobre o valor restante. Feito isso, subtrai-se do montante da herança o valor correspondente à reserva do cônjuge, dividindo o resultado pelo número total de filhos, tanto comuns como exclusivos

Todas essas teorias foram avaliadas ao longo do terceiro capítulo, sendo aplicadas a um caso hipotético, que demonstrou que conforme o posicionamento a ser seguido, haveria diferença significativa de quinhões a serem recebidos tanto pelo cônjuge sobrevivente quanto pelos descendentes comuns e exclusivos.

Ao fim do último capítulo, ainda, foi trazido à baila julgado do Superior Tribunal de Justiça, o REsp 1.617.501/RS, de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, da Terceira Turma do STJ, julgado em 11 de junho de 2019.

No caso, em que se tratava de uma sucessão híbrida, discutia-se acerca da aplicabilidade do instituto da reserva legal, em que concorriam um filho comum e seis filhos exclusivos do falecido. A Turma, em resumo, concluiu que a reserva de no mínimo 1/4 da herança em favor do consorte do falecido ocorrerá apenas quando concorra com seus próprios descendentes (e eles superem o número de 3), seguindo a posição da corrente majoritária.

Assim, a partir dos conceitos abordados neste trabalho, confirmou-se a hipótese inicial da presente pesquisa, de que os operadores do Direito devem deixar de aplicar a regra da reserva legal em caso de concorrência sucessória com sucessão híbrida com mais de três descendentes, para garantir a partilha igualitária entre os filhos.

Tal solução estaria de acordo não só com os preceitos constitucionais abordados pela corrente majoritária, como também parece ser a solução que traz maior segurança jurídica, em conformidade com o precedente do STJ, enquanto não houver uma reforma legislativa nessa situação lacunosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões.** 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BRASIL, Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 de março de 2021.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 18o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. v. 6. **Direito das Sucessões.** 22a ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 6. **Direito das sucessões.** 23o edição. São Paulo: Saraiva. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Curso de direito civil: famílias.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; **Direito das Sucessões.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Vol. 7. Direito das sucessões.** 1o edição. São Paulo: Saraiva. 2014.

GHILARDI, Dóris. **Law and Economics aplicada à concorrência sucessória com os descendentes.** In: Everton Gonçalves; Lyza Anzanello de Azevedo; Jéssica Gonçalves. (Org.). **Direito, Justiça e Economia.** 1ed. Florianópolis: Emais Editora, 2019, v. 01

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - direito das sucessões.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 7 - Direito das Sucessões** (livro digital). 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões: introdução**. In:

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Comentários ao Código Civil**. 2. ed. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões Brasileiro – Disposições gerais e sucessão legítima**. Revista Imes, São Caetano do Sul, vol. 5, Julho/dezembro 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges**. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. **Questões controvertidas**. São Paulo: Métodos, 2003. v. 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. Vol. 6. **Direito das Sucessões**. 2o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

LEITE, Glauber Salomão. **Sucessão do cônjuge sobrevivente: concorrência com parentes do falecido**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad Editor, 1947.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Manual de Direito Civil. Família e Sucessões**. São Paulo: Método, 2004. v. 4.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil, volume 6: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY, Rosa Maria de Andrade; JUNIOR, Nelson Nery. **Instituições de Direito Civil. Vol. VI. Teoria Geral do Direito de Sucessões**. 1o edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume IV: família e sucessões**. 2a ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Instituições de Direito civil: volume VI - Direito das Sucessões**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

SIMÃO, José Fernando. **Sucessão Legítima: A Concorrência do Cônjuge com os Descendentes e Ascendentes do De Cujus**. São Paulo, set. 2004. Disponível em: <http://professorsimao.com.br/artigos_simao_doutorado.htm>. Acesso em: 18 fev. 2021.

STJ, REsp 1.617.501/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2019, *DJe* 01/07/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1821038&num_registro=201602009126&data=20190701&formato=PDF (acesso em 13 de abril de 2021).

TARTUCE, FLÁVIO; SIMÃO, JOSÉ FERNANDO. Direito Civil. v. 6. **Direito das Sucessões**. 3a ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: volume 6 - direito das sucessões**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce**. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TELLES, Inocência Galvão. **Direito das Sucessões: Noções Fundamentais**. 6a ed. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, volume 7: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. **Direito Civil. v. 7. Direito das Sucessões**. 8a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. VII. **Direito das Sucessões**. 12o edição. São Paulo. Atlas. 2012.