

Alguns temas controversos do direito sucessório

Maria Berenice Dias [\[1\]](#)

SUMÁRIO: 1. Casamento – 2. União estável – 3. Concorrência sucessória – 4. Herdeiros descendentes.

RESUMO: Pouco – ou quase nada – o direito sucessório acompanhou os desdobramentos e avanços ocorridos no âmbito do direito das famílias. Sequer é reconhecido que o casamento termina quando da separação de fato, e que é de todo descabida a perquirição de culpa para deferir direito sucessório de quem nem mais cônjuge era. O direito de concorrência trata de forma diversa o direito de cônjuges e companheiros, além de conceder tratamento diferenciado a depender do regime de bens. Clara inconstitucionalidade que foi corrigida pelo Supremo Tribunal Federal. Quanto o tratamento diferenciado concedido à filiação, persiste a afronta à Constituição da República, que proclama a igualdade dos filhos, independente da origem do vínculo de parentalidade. Não é possível impor obrigações iguais e direitos diferentes.

ABSTRAT: Little – or almost nothing – inheritance law has followed the developments in the area of family law. It is not even recognized that marriage terminates at the time of separation, and that it is altogether unreasonable to look for guilt in order to defer succession rights to those who were no longer married. The right of competition treat in a different way the rights of spouses and partners, as well as granting differential treatment depending on the property regime. Clear unconstitutionality that was corrected by the Federal Supreme Court. As for the differential treatment accorded to filliation, the affront to the Constitution of the Republic

continues, which proclaims the equality of the of the children, regardless of the origin of the bond of paranthood. It is not possible to impose equal obligations and different rights.

PALAVRAS CHAVES: direito sucessório – casamento – união estável – separação de fato -concorrência sucessória – filiação – tratamento discriminatório.

KEY WORDS: succession law – marriage – stable union – de facto separation – succession competition – affiliation – discriminatory treatment.

O Código Civil e principalmente seu Livro do Direito das Sucessões, praticamente se limitou a copiar o Código pretérito, do ano de 1916, sem atentar que o modelo reproduzia a sociedade do início do século passado. Traz o direito sucessório no seu Livro V.[\[2\]](#) Depois de algumas disposições de carácter geral, trata da sucessão legítima e da sucessão testamentária.

Como foi alvo de inúmeros remendos, flagram-se dispositivos, títulos e capítulos totalmente embaralhados. Basta lembrar que a sucessão na união estável se encontra entre as disposições gerais. O capítulo dos excluídos da sucessão antecede os títulos que regem o direito dos herdeiros. A deserdação encontra-se entre as normas que regulam o testamento.

Também traz disposições sobre inventário e partilha, assuntos igualmente regulados pelo Código de Processo Civil.[\[3\]](#) Assim, apesar do compromisso de agilizar a prestação jurisdicional, ao menos no campo do direito sucessório, as alterações foram ínfimas, para dizer o mínimo.

Olvidou-se o legislador de que a família era, exclusivamente, a união formalizada pelo casamento indissolúvel. As relações extramatrimoniais – pejorativamente chamadas de concubinato –

além de não reconhecidas, eram punidas. A concubina do testador casado não podia ser contemplada no testamento.[\[4\]](#) Não tinha sequer o direito de receber seguro de vida instituído a seu favor.[\[5\]](#) Era nula a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice.[\[6\]](#)

Para assegurar a integridade patrimonial da família, os filhos havidos fora do casamento eram chamados de “ilegítimos”. Como não podiam ser reconhecidos, restavam alijados do direito à identidade e à herança do genitor.

Essas verdadeiras aberrações foram abrandadas pelos tribunais, mas só foram banidas pela Constituição da República. No entanto, as diretrizes constitucionais não foram incorporadas no Código Civil, uma vez que o projeto tramitou durante 27 anos.

Neste ínterim, aconteceu a universalização da sociedade contemporânea, provocando significativos reflexos no âmbito das estruturas familiares. O modelo, constituído pelo casamento, foi substituído por um mosaico de novas configurações de convívio que tem como elemento identificador o comprometimento afetivo com base na valorização da dignidade dos sujeitos.

A esta verdadeira revolução não acompanhou o legislador, que perdeu a oportunidade de inserir no âmbito de proteção do Direito das Famílias – e, via de consequência, do direito sucessório – as uniões simultâneas e as uniões de pessoas do mesmo sexo. Foi a jurisprudência que reconhecer um leque de direitos às uniões homoafetivas, inclusive, direito à herança. As relações paralelas ainda não recebem a devido reconhecimento. Somente é admitida, no âmbito do direito previdenciário, a divisão da pensão por morte entre a esposa e a companheira.

A omissão legal acabou gerando a responsabilidade de a doutrina alertar sobre a necessidade de arrostar a realidade

da vida como ela é, atentando aos aspectos éticos dos vínculos de convivência. Afinal, não é mais possível permitir que alguma configuração familiar esteja à margem do Direito das Famílias e das Sucessões.

A farta produção científica construída pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM consolidou enormes avanços, quer no âmbito da conjugalidade, quer no da parentalidade

Todos estes equívocos só servem para evidenciar o pouco caso com que é tratado o tema do Direito das Sucessões.

1. Casamento

A primazia deferida ainda ao vínculo matrimonial parece olvidar que o casamento não é mais eterno até a morte.

O viúvo desfruta da condição de herdeiro necessário, mesmo que a vida em comum tenha cessado antes morte do cônjuge. Ou seja, basta que o casamento tenha subsistido até o falecimento de um, para o outro preservar a qualidade de herdeiro.

Mas de há muito a jurisprudência reconhece que é a separação de fato que rompe a sociedade conjugal. Além de desaparecerem os deveres conjugais, cessa a comunicabilidade patrimonial, independente do regime de bens. O fim da conjugalidade subtrai a possibilidade de o sobrevivente ser reconhecido como herdeiro. Ele faz jus tão só à meação dos bens adquiridos durante o período da vida em comum. Esta fatia patrimonial, porém, não se confunde com herança.

Admitir a possibilidade de o ex-cônjuge herdar quando o casal já estava separado de fato é perpetuar os efeitos do casamento para depois do seu fim. Não há como assegurar direito hereditário a quem nem mais cônjuge era. Clara é a afronta o princípio da eticidade. Gera enriquecimento sem causa, pois o

ex-cônjuge herdaria o patrimônio amealhado depois da separação, sem que tivesse contribuído para a sua aquisição.

Deste modo, não há como submeter o fim dos direitos sucessórios ao divórcio ou ao reconhecimento da culpa do falecido. Mas é o que autoriza a lei civil, quando assegura ao cônjuge sobrevivente, pelo longo período de cinco anos, o direito a reivindicar os bens doados pelo falecido ao concubino.[\[7\]](#)

Também é completamente fora de propósito perpetuar o direito do ex-cônjuge sobrevivente, independentemente do prazo da separação, pelo simples fato de não ter sido ele o culpado pelo fim da vida em comum. E mais, ainda que tenha sido o responsável, mantém a condição de herdeiro, por até dois anos depois da separação de fato.[\[8\]](#)

Estes absurdos permanecem na lei, apesar de a Emenda Constitucional nº 66, de 2010,[\[9\]](#) ter acabado com o instituto da separação, pondo um ponto final na perquirição da culpa no âmbito das relações familiares.

E mais. Ao ser assegurado o direito sucessório ao ex-cônjuge, mesmo depois de o casal estar separado de fato, surge a absurda possibilidade de o direito do cônjuge sobrepor-se ao direito do companheiro, caso o falecido tenha constituído união estável, como faculta a lei.[\[10\]](#)

2. União estável

As uniões extramatrimoniais – chamadas pejorativamente de concubinato –, foram nominadas pela Constituição de união estável. Receberam *status* de entidade familiar, tal como o casamento. Sem qualquer hierarquia, ambas merecem a especial proteção do Estado.[\[11\]](#) A inútil recomendação de a lei facilitar sua conversão em casamento,[\[12\]](#) não transforma a união estável em família de segunda categoria.

No entanto, o Código Civil vinca injustificável distinção entre casamento e união estável. Enquanto o casamento abre o Livro do Direito de Família e dispõe de 128 artigos, [\[13\]](#) a união estável é contemplada com escassos cinco dispositivos. [\[14\]](#)

Mas é no âmbito do Direito das Sucessões que o tratamento discriminatório se revela perverso, desigualando o que a Carta Constitucional igualou.

O cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário [\[15\]](#) e figura em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. [\[16\]](#)

A sucessão do companheiro está regulamentada em um único artigo. [\[17\]](#) Além de não constar no elenco dos herdeiros, foi relegado ao último lugar, como herdeiro facultativo, podendo ser afastado imotivadamente da sucessão. Somente recebe a totalidade da herança se não existir nenhum parente colateral. Ou seja, se o companheiro, ao morrer, tiver algum parente de até o quarto grau, o parceiro sobrevivente faz jus somente a um terço dos bens comuns. Primos, tios-avôs ou sobrinhos-netos recebem a totalidade dos bens particulares e mais dois terços dos bens adquiridos onerosamente durante a união.

Fora isso, baralhando conceitos elementares, segue o Código Civil falando em concubinato, sempre com comandos punitivos. Um exemplo basta a evidenciar este viés. O concubino do testador casado só pode ser nomeado herdeiro ou legatário, se o testador estiver separado, há mais de cinco anos e não tenha sido o culpado pela separação. [\[18\]](#)

3. Concorrência sucessória

A novidade trazida pelo Código Civil como grande avanço se revelou um retumbante fracasso.

Cônjuges e companheiros recebem um quinhão da herança a título

de direito de concorrência. Saltam para o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, fazendo jus a uma fatia do que tocaria aos descendentes ou ascendentes.

Acaba por ser dada preferência à conjugalidade, em detrimento da parentalidade, deixando de atentar à mudança que ocorreu nas relações de família. A dissolução dos relacionamentos é aceito com naturalidade, e a constituição de novos vínculos afetivos acontece com enorme frequência. É comum que filhos de relacionamentos pretéritos passem a conviver com os novos parceiros de seus pais. Às claras, o privilégio concedido a estes, gera enorme desconforto aos filhos do falecido, pois serão alijados de parte dos bens do seu genitor.

Apesar de assegurado tanto ao cônjuge como ao companheiro o direito de concorrer com descendentes e ascendentes, a quantificação desta fatia da herança é diferente, no que diz com a base de incidência e a forma de ser calculado.

Além disso, o direito de concorrência do cônjuge recebe tratamento assimétrico, condicionado ao regime de bens. Já o direito do companheiro existe sempre que existirem bens comuns, independente de ter havido a eleição de algum regime de bens por meio de contrato de convivência.

A regra é o cônjuge concorrer com os descendentes, com algumas exceções a depender do regime de bens, eleito por ocasião do casamento, ou alterado consensualmente durante a união, com a chancela judicial.[\[19\]](#) Porém, não é feita referência a alguns regimes que dispõem dos mesmos efeitos patrimoniais. Por exemplo, é expressamente excluído o direito de concorrência no regime de separação obrigatória, mas nada é dito sobre o regime da separação convencional, que igualmente implica em incomunicabilidade de bens.

Quanto ao regime da comunhão parcial, confuso dispositivo faz menção à inexistência de bens particulares.[\[20\]](#) Quer o inusitado da inovação, quer a péssima redação da regra legal,

ensejaram acirradas discussões doutrinárias e decisões divergentes até nas cortes superiores.

Acabou por prevalecer o entendimento de que existe o direito de concorrência sobre os bens particulares do falecido, eventualmente existentes. Ora, é de todo equivocada atribuir a alguém parte de um patrimônio que não ajudou a adquirir. Bens que foram amealhados antes do casamento, ou bens de família, recebidos por direito próprio. Neste tópico, é mais ética a solução eleita para a união estável, ao determinar que a fração a ser dividida com os herdeiros necessários seja calculada sobre o patrimônio adquirido onerosamente durante a união.

De qualquer modo, a atribuição coacta de direitos sucessórios, sem atentar ao desejo do casal, é completamente desarrazoada. Impor a divisão de patrimônio de modo diverso do pactuado pelo casal, que elegeu um regime de bens para o casamento ou optou viver em união estável, configura clara afronta ao princípio da autonomia da vontade. A escolha levada a efeito em vida precisa ser respeitada mesmo após a morte. Descabido acreditar que o regime de bens deixa de valer em razão da morte.

Todas essas odiosas diferenças são de escancarada inconstitucionalidade.

Foi o que reconheceu o Supremo Tribunal Federal. [\[21\]](#) Recurso de repercussão geral eliminou a diferenciação entre casamento e união estável, por afrontar a norma constitucional que não hierarquiza as entidades familiares, ao atribuir-lhes igual proteção. O Ministro Relator afirmou em seu voto que a distinção de regimes sucessórios estabelecida pelo Código Civil desprotege o companheiro em inúmeras situações, retirando-lhe direitos que já haviam sido conferidos por lei, ao mesmo tempo em que, em outras situações, privilegia a união estável, protegendo o companheiro, mesmo que involuntariamente, de forma mais intensa que o cônjuge. O tema acabou sendo objeto de tese. [\[22\]](#)

O fato é que a solução indicada no julgamento, ainda que restabeleça o princípio da isonomia, acaba por cancelar o enriquecimento sem causa do sobrevivente. Eleita a aplicação da regra prevista para o casamento, olvidou-se a Corte Suprema de corrigir o equívoco quanto sua base de incidência. Ao determinar que a fatia do direito concorrencial incida sobre os bens particulares do falecido – bens adquiridos antes da união, recebidos por doação ou herança – concede ao cônjuge e ao companheiro parte do patrimônio que eles não ajudaram a amealhar. E por isso deveriam ser atribuídos, integralmente, aos descendentes ou ascendentes.

Ao menos neste ponto, muito mais coerente se fosse determinado que os bens a serem atribuídos a título de concorrência sucessória, correspondessem ao patrimônio adquirido, onerosamente, durante o período da vida em comum.

Além de uma solução mais ética, afastaria todas as outras incongruências do malfadado instituto, que continua gerando desconfortos e inseguranças.

4. Herdeiros descendentes

A chamada Constituição Cidadã banuiu todo e qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação. [\[23\]](#)

Quando se trata da obrigação alimentar a favor dos pais, o Código Civil não estabelece qualquer diferenciação. [\[24\]](#) Todos os filhos têm igual obrigação alimentar.

Mas, no âmbito do direito sucessório, equivocadamente, são assegurados direitos sucessórios distintos aos filhos, pelo simples fato de serem irmãos unilaterais (filhos somente do genitor falecido) ou bilaterais (filhos do mesmo pai e da mesma mãe). Estes recebem o dobro do quinhão daqueles. [\[25\]](#)

Tal diferenciação atinge até os sobrinhos, quer sejam

herdeiros por direito próprio, quer herdem por representação.[\[26\]](#) Assim, sempre que forem convocados à sucessão colaterais de segundo ou de terceiro grau, é preciso questionar se os pais eram irmãos unilaterais ou bilaterais do falecido.

Trata-se de perverso resquício da discriminação de que eram alvo os filhos ilegítimos, frutos de relações extramatrimoniais. Mas insiste a doutrina em não ver inconstitucionalidade na concessão de direitos diferenciados a irmãos e sobrinhos, sob o fundamento de que a estes não se estendem as normas constitucionais que garantem a igualdade.

Mas só há uma saída: ter tais dispositivos como letra morta. Às claras, houve mero cochilo do legislador que, ao elaborar o Código Civil, copiou a lei pretérita de forma descuidada. Esqueceu-se de ler a Constituição da República.

Diante do enorme descuido do legislador a gerar tantos desencontros, quem tem compromisso com a Justiça precisa assumir a responsabilidade na construção e reconstrução de um novo Direito das Famílias e das Sucessões.

Publicado em 07/09/2018.

[\[1\]](#) Advogada especializada em Direito Homoafetivo, Famílias e Sucessões, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Brasil, Pós-Graduada e Mestre em Processo Civil, Vice-Presidente Nacional do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

[\[2\]](#) CC, arts. 1.784 a 2.027.

[\[3\]](#) CPC, arts. 610 a 673.

[4] CC/1916, art. 1.719, inc. III.

[5] CC/1916, art. 1.474.

[6] CC/1916, art. 1.177.

[7] CC, art. 1.642: Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

V: reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

[8] CC, art. 1.830: Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

[9] CR, art. 226, § 6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

[10] CC, art. 1.723, § 1º: A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521 (*não pode casar*); não se aplicando a incidência do inciso VI (*as pessoas casadas*) no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

[11] CR, art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[12] CR, art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[13] CC, arts. 1.511 a 1590; 1.639 a 1.688.

[\[14\]](#) CC, arts. 1.723 a 1.727.

[\[15\]](#) CC, art. 1.845: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

[\[16\]](#) Art. 1.829: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

III – ao cônjuge sobrevivente;

[\[17\]](#) CC, art. 1.790: A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

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

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

[\[18\]](#) CC, art. 1.801: Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

III: o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

[\[19\]](#) CC, art. 1.639, § 2º: É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

CPC, art. 734: A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida,

motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

[\[20\]](#) CC, 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;

[\[21\]](#) STF, Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017.

[\[22\]](#) STF – Tese 498: É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (RE 646.721 e RE 878.694).

[\[23\]](#) CR, 227 § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[\[24\]](#) CC, art. 1.697: Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

[\[25\]](#) CC, art. 1.841: Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

[\[26\]](#) CC, art. 1.843: Na falta de irmãos, herdarão os filhos

destes e, não os havendo, os tios.

- 1º: Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça.
- 2º: Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles.
- 3º: Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual.