

## INTRODUÇÃO

Pautando-se nos ideais de subsistência e continuidade das relações, o direito sucessório surge para regular a destinação do patrimônio após a morte, a fim de perpetuar os vínculos adquiridos pelo falecido durante toda sua vida<sup>1</sup>.

A transmissão do patrimônio, no entanto, não se atém apenas aos bens do *de cuius*, compreendendo ainda as obrigações contraídas por ele, ou seja, transmite-se tanto o ativo, representado pelos bens e quantias a serem percebidos, quanto o passivo, isto é, as dívidas e obrigações a serem adimplidas. Ressalta-se que a transmissão do passivo e seu adimplemento limitam-se às forças da herança, não atingindo o patrimônio pessoal do herdeiro.

Eduardo de Oliveira Leite<sup>2</sup> assevera em sua obra o quão importante é a sucessão para o ordenamento, uma vez que:

(...) o homem desaparece, mas os bens continuam; porque grande parte das relações humanas transmigra para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via relação sucessória, no direito dos herdeiros, em infinita e contínua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte. (LEITE, 2003, p. 15).

Nitidamente influenciada pelo Direito Francês<sup>3</sup>, a legislação sucessória brasileira sofreu diversas alterações, principalmente no tocante aos legitimados à sucessão e sua ordem de convocação para recebimento da herança.

Ao longo dos anos, o cônjuge veio galgando conquistas nesta seara, passando de última opção, convocado somente após chamados os colaterais até o décimo grau, a ocupante da primeira classe de herdeiros, concorrendo diretamente com os descendentes do falecido, adquirindo o *status* de herdeiro necessário.

---

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. atual. de Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

<sup>2</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil*. Coord. de Sávio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18

Não bastasse isso, o Código Civil de 2002 inovou mais uma vez em relação ao cônjuge, lhe reservando parte da herança ao concorrer com descendentes comuns ao falecido.

Contudo, apesar de todas as inovações, o legislador ainda se omitiu em um aspecto, visto que não previu a possibilidade de reserva concorrendo o cônjuge com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança, o que, após doze anos de vigência da lei, ainda causa diversos transtornos ao final do inventário.

A lacuna deixada pelo legislador é o cerne do trabalho em questão que, através de uma visão geral do conteúdo, abrangendo a legitimação dos sucessores, bem como a análise da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes, trazendo os principais entendimentos doutrinários, buscando solucionar o impasse sobre a aplicação da reserva da quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente em face da filiação híbrida.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Visando a compreensão do presente projeto de pesquisa, serão abordados os conceitos mais relevantes ao estudo, conceito estes militantes tanto no direito sucessório, quanto na seara familiar.

O termo herança, de acordo com as lições de Roberto Senise Lisboa<sup>4</sup>:

[...] é a universalidade ou totalidade dos direitos que integram o patrimônio deixado pelo sucedido, em face de sua morte, suscetíveis de transmissão aos seus respectivos herdeiros.

Consiste, pois, na soma dos bens e direitos deixados pelo falecido, sendo transmitida aos herdeiros em sua totalidade com sua morte, permanecendo indivisível até o momento da partilha. Segundo o entendimento de Flávio Tartuce<sup>5</sup>, “[...] a herança forma o espólio, que constitui um ente despersonalizado ou despersonificado e não uma pessoa jurídica, havendo uma universalidade jurídica, criada por ficção legal”.

Após o falecimento do indivíduo, resta verificar se este deixou alguma disposição de última vontade. Caso tenha falecido *ab intestato*, ou seja, sem testamento, a herança será transmitida como estabelece a lei. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro<sup>6</sup>, será legítima a sucessão:

Se não há testamento, se o falecido não deixa qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferido todo o patrimônio do *de cuius* às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária.

O artigo 1788 do Código Civil prevê ainda que a sucessão também será legítima quando houver testamento que não compreenda todos os bens deixados, ou se tal negócio jurídico for considerado nulo, ou mesmo venha a caducar.

Passa-se agora à análise daqueles a quem será transmitida a herança deixada pelo *de cuius*. Observa-se a distinção entre os herdeiros destacados na ordem de vocação hereditária descrita no artigo 1829 do Código Civil, sendo considerados necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. São necessários, pois a eles é resguardada a legítima, isto é, a metade do patrimônio do

---

<sup>4</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões..* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 336.

<sup>5</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil.* São Paulo: Método. 2014. p. 999.

<sup>6</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões.* 35. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

falecido. Nesse sentido, Roberto Senise Lisboa<sup>7</sup> entende que os “Herdeiros necessários são os sucessores dos quais não se pode retirar o direito à herança, senão em face da ação de indignidade ou de cláusula testamentária de deserdação.”

Os colaterais, por sua vez, não se beneficiam de tal proteção, não herdando, inclusive, caso haja testamento válido que indique outrem para receber o *quantum* deixado pelo autor da herança.

Quanto aos descendentes, prevalece a regra de que os de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, conforme estabelece o artigo 1.833 do Código Civil. Poderão ser comuns, cujo ascendente seja o cônjuge sobrevivente, ou exclusivos, filhos apenas do *de cuius*. A expressão *de cuius*, segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>8</sup> é a “abreviatura da frase *de cuius successione (ou hereditatis) agitur*, que significa ‘aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata’.”

Em relação ao cônjuge sobrevivente, como se verá mais adiante, deverá ser levado em conta, para fins de legitimação, além do rompimento do vínculo conjugal em consequência da morte do autor da herança, o regime de bens adotado durante o casamento. Sem falar que o seu quinhão será afetado sempre que concorrer descendentes e ascendentes, herdando a totalidade da herança na ausência destes.

Por sua vez, outro conceito importante para o estudo diz respeito ao direito à igualdade. Contudo, não se trata do direito descrito no *caput* artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas àquele consagrado no artigo 227, §6º, também presente na Lei Maior<sup>9</sup> que preconiza que “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.” Tal preceito estabelece a impossibilidade de distinção valorativa entre os filhos, independentemente de sua origem.

Encerradas as considerações necessárias à compreensão do tema proposto, passa-se ao desenvolvimento do trabalho, tratando-se em primeiro plano dos legitimados a suceder e as possíveis causas de exclusão previstas na lei civil.

---

<sup>7</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões..* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 373

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões.* 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 16.

<sup>9</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988.* CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva.* 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

## **1. ASPECTOS GERAIS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA**

### **1.1. DA LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER**

Inicialmente, antes de tecer considerações próprias aos legitimados a suceder, cumpre ressaltar o que seria o instituto da sucessão. Nas palavras de Silvio Venosa<sup>10</sup>, “Suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito”.

Francisco Cahali<sup>11</sup> complementa dizendo que a sucessão nada mais é do que “[...] a troca de titulares de um direito, afastando-se uma pessoa da relação jurídica e, em seu lugar, ingressando outra, que assume todas as obrigações e direitos do seu antecessor”.

Fazendo um paralelo com os conceitos apresentados, a sucessão pela morte de determinada pessoa consiste na transmissão de direitos e encargos outrora pertencentes ao *de cuius*, aos seus herdeiros e/ou legatários, em razão de seu falecimento.

Os referidos direitos e obrigações formam a herança, que será deferida como todo unitário a partir da abertura da sucessão, conforme prevê o artigo 1.791 do Código Civil. Ao final do inventário, a herança será partilhada entre aqueles que sucederem o falecido, seja por lei (sucessão legítima) ou por testamento (sucessão testamentária).

Limitando-se à sucessão legítima, tem-se que esta é calculada observando-se o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, sendo descontados os débitos existentes e as despesas com o funeral do falecido, conforme estabelece o artigo 1.847 do Novo Código Civil, agregando-se, ainda, a quantia relativa os bens sujeitos a colação.

Adentrando-se nessa seara, resta elencar quem seriam os legitimados, bem como os requisitos que deverão ser atendidos por eles para consecução da sucessão.

Da simples leitura dos artigos do Código Civil referentes à vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844), extrai-se que serão herdeiros legítimos os descendentes, os ascendentes, o cônjuge ou companheiro, os colaterais até quarto grau e, na ausência destes, o Estado.

---

<sup>10</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. vol. 7. São Paulo: Atlas, 2004. p. 15.

<sup>11</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

Entretanto, além da previsão em lei, é preciso ainda prévia averiguação sobre os indivíduos chamados a suceder, a fim de que seja analisado se preenchem determinadas exigências para que ocorra a transmissão.

Nesse sentido, afirma Cahali<sup>12</sup> que:

“Não basta a previsão genérica de transmissão, com a morte, da posse e propriedade dos bens aos herdeiros. Há a necessidade da verificação da legitimação do sucessor indicado a receber a herança”.(CAHALI, 2014, p. 118).

E completa ainda dizendo que “o momento em que se verifica a legitimação é a abertura da sucessão (CC, art. 1.798)”.

Desta feita, passa-se ao estudo de tais condições relevantes à legitimação dos sucessores do autor da herança.

### 1.1.1. Existência e coexistência

Conforme estabelece o artigo 1.798 do Código Civil, o indivíduo chamado a suceder tem que existir, ou ao menos ter sido concebido até a data da abertura da sucessão.

Para Caio Mário<sup>13</sup>, em consonância com Alberto Trabucchi, “[...] a declaração pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido – *nescitur ubi sit et na sit* - , pois, ao contrário, será chamada outra pessoa que atenda a esses pressupostos”.

Pressupõe, portanto, que falecido e sucessor tenham coexistido, sendo que a premissa da existência não se vale apenas da condição de “viver”, mas também de “estar vivo” no momento da abertura da sucessão, para que haja, de fato, a transmissão.

Desta afirmação se extrai o porquê de se verificar a comoriência, uma vez que há a necessidade de saber se aquelas pessoas, sucessores em potencial uma da outra, faleceram ao mesmo tempo, ou se uma subsistiu a outra, nem que seja por instantes.

---

<sup>12</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 118.

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 25.

Caso interessante é do nascituro. Conforme explanado acima, o sucessor deve existir e coexistir ao falecido para que seja legitimado a suceder. Entretanto, ao nascituro já concebido ao tempo da abertura da sucessão, serão garantidos os direitos relativos à herança até o seu nascimento com vida, tornando-se verdadeiro herdeiro após o parto. Nesse sentido, César Fiuza<sup>14</sup> estabelece que:

Em primeiro lugar, o nascituro, isto é, aquele que está para nascer (já concebido, mas não nascido), herda normalmente. Apesar de não ser pessoa, visto que ainda não nasceu, recebe a herança, sendo-lhe nomeado curador, denominado curador ao ventre (normalmente a própria mãe será o curador), para zelar por seus interesses. (FIUZA, 2011, p. 1100).

Nascendo morto, os direitos assegurados ao nascituro em razão da sua concepção não lhe serão transmitidos, de forma que será tratado como se nunca tivesse existido, logicamente, para fins sucessórios. Assim, o quinhão que lhe seria deferido voltará ao montante da herança, sendo repassado aos herdeiros legítimos, ou ao herdeiro testamentário instituído em disposição de última vontade.

### 1.1.2. Indignidade

Segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>15</sup>:

A sucessão hereditária assenta em uma razão de ordem ética: a afeição real ou presumida do defunto ao herdeiro ou legatário. Tal afeição deve despertar e manter neste o sentimento da gratidão ou pelo menos, do acatamento ou respeito à pessoa do *de cuius* e às suas vontades e disposições. (GONÇALVES, 2014, p. 77).

Abstrai-se deste pensamento que aquele que comete algum ato que venha a ferir física ou moralmente o falecido, não seria digno de sucedê-lo e auferir parcela de seu patrimônio.

---

<sup>14</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1100.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 77.



Em resumo, a indignidade é uma sanção àquele que pratica ato ofensivo ao *de cuius* ou a seus interesses, de forma que quem nela incorre é privado de seu direito legítimo de suceder.

Previstas no artigo 1.814 do Código Civil, as hipóteses de indignidade dizem respeito aos crimes contra a vida, a honra e a liberdade de testar do autor da herança, e são taxativas. Insta ressaltar que nos casos de homicídio doloso ou tentativa deste, englobam-se como possíveis vítimas o cônjuge, o companheiro, os ascendentes ou descendentes do falecido, e em relação à acusação caluniosa exposta no inciso II do citado artigo, amplia-se como ofendido seu cônjuge ou companheiro.

Como dito, o rol para o reconhecimento da indignidade é taxativo, de forma que não pode ser realizada qualquer interpretação extensiva ou aplicação de analogia. Contudo, tem-se que a instigação ao suicídio pode ser amparada como causa para exclusão do herdeiro, mesmo que não exista previsão expressa nesse sentido. Corroborando com tal entendimento o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira<sup>16</sup>:

O dolo é elementar na determinação do fato causal da exclusão, não se podendo cogitar desta em qualquer situação em que a perda da vida resultou de uma ausência de *animus necandi*. Obviamente, é requisito de voluntariedade do homicídio a capacidade do agente. Embora não contemplada especificamente a hipótese, é de se entender que a instigação ao suicídio deve equiparar-se ao homicídio, para efeito da indignidade. (PEREIRA, 2012, p. 32).

Para que seja excluído o herdeiro, este deverá ter praticado alguma das condutas elencadas no artigo 1.814 do Código Civil. No entanto, não basta apenas ter praticado o ato: deve haver uma sentença declaratória transitada em julgado para que a indignidade gere seus efeitos em relação à herança.

Destaca-se que no caso de homicídio ou tentativa, a sentença deverá ser proferida em âmbito civil, ao passo que somente o cometimento do delito ou prévia condenação não resultam no reconhecimento da indignidade. Porém, sendo o réu absolvido na seara penal, não há o que se falar em indignidade, em alusão ao artigo 935 do Código Civil. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves<sup>17</sup>:

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 32.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79.

A prova do fato e da culpabilidade faz-se, portanto, no curso da ação cível. Mas a absolvição do réu na esfera penal em razão do expresse reconhecimento da inexistência do fato ou da autoria afasta a pena de indignidade no cível, por força do mesmo art. 935 do retromencionado, assim como o reconhecimento da legítima defesa, do estado de necessidade e do exercício regular de um direito (CPP, art. 65). (GONÇALVES, 2014, p. 79).

A interpretação deve ser estendida aos que incorrerem em crime contra a honra do falecido, seu cônjuge ou companheiro, no tocante à obrigatoriedade de prévia condenação criminal e trânsito em julgado de sentença declaratória em esfera cível.

Já na denúncia caluniosa, pressupõe-se que o herdeiro tenha acusado autor da herança de ter praticado determinada conduta criminosa, que sabe ser uma inverdade. Nesse aspecto, a simples denúncia acarreta a sanção, não sendo prerrogativa para a declaração de indignidade a condenação criminal do denunciante.

No mais, para a confirmação da exclusão, é necessária a verificação de que o herdeiro indigno não fora reabilitado pelo falecido ao seu lugar de legítimo sucessor. O perdão, seja dado em testamento ou por ato autêntico, é a forma personalíssima assegurada ao *de cujus* para restabelecer o *status* de herdeiro ao indigno. Acrescenta Cahali<sup>18</sup> que:

É requisito, pois, para a validade do perdão a declaração expressa, em disposição de última vontade ou em documento próprio, como escritura pública ou instrumento particular, devendo o ofendido deixar claro na manifestação a sua intenção de permitir a sucessão do indigno, não obstante as ofensas por ele cometidas. (CAHALI, 2014, p. 135).

Em relação aos efeitos gerados pela indignidade, tem-se que os descendentes do indigno herdarão o quinhão que lhe seria de direito ao final do inventário por representação, uma vez que este é considerado como se morto fosse ao tempo da abertura da sucessão. Não havendo descendentes, a parte que lhe cabia retornará ao montante, sendo dividido entre os coerdeiros pelo direito de acrescer, ou na ausência destes, divididos entre os demais herdeiros legítimos do autor da herança.

Ademais, a indignidade possui efeitos *ex tunc*, ou seja, as implicações resultantes de seu reconhecimento por sentença retroagem à abertura da

---

<sup>18</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 135.

sucessão. Contudo, algumas relações são preservadas, visando tanto à segurança jurídica quanto ao enriquecimento ilícito das partes envolvidas.

Em consonância com o apresentado, o artigo 1.817, *caput*, prevê a validade das alienações onerosas a terceiros de boa-fé realizadas pelos herdeiros aparentes, antes da sentença de exclusão. Da mesma forma entende Carlos Roberto Gonçalves<sup>19</sup>:

Em rigor, a sentença de exclusão, como retromencionado, retroage para todos os demais efeitos, exceto para invalidar os atos de disposição praticados pelo indigno.

A regra decorre da necessidade de privilegiar a boa-fé daquele que, vendo no ingrato um herdeiro, presume que a aquisição que efetivar lhe será definitiva e válida. Na proteção da boa-fé, o legislador acaba atribuindo efeitos à aparência. (GONÇALVES, 2014, p. 88).

Desta feita, caso os adquirentes de bens estiverem cientes de possível indignidade do herdeiro ao tempo da alienação, terão que devolver o bem ao montante resolúvel, patente a má-fé perpetrada durante a realização do negócio.

Quanto aos atos de administração e manutenção do espólio realizados pelo indigno, tem-se que os recursos dispendidos por ele deverão ser ressarcidos, ao passo que os frutos e rendimentos percebidos enquanto responsável, obrigatoriamente, deverão ser devolvidos para sobrepilha, evitando, assim, o enriquecimento ilícitos de ambos os lados.

Por fim, a indignidade difere-se da deserção, considerando que esta última concretiza-se apenas na sucessão testamentária, atingindo apenas os herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), sendo ato privativo do falecido.

## 1.2. DA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Após traçar os pontos relevantes sobre a legitimação para suceder, passa-se a abordar a ordem de chamamento dos sucessores, bem como as condições a serem observadas para a correta partilha da herança ao final do inventário.

De início, insta salientar princípio basilar previsto no artigo 1.787 do Código Civil que regula tanto a sucessão quanto a legitimação dos herdeiros: o *droit de saisine*. Retirado do direito francês, tal princípio estabelece que a

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

sucessão realizar-se-á de acordo com lei em vigor no momento da abertura da sucessão, sendo a herança transmitida de imediato aos sucessores legitimados.

Em consonância com o aventado, tendo ocorrido a morte do autor da herança ainda na vigência do Código Civil de 1916, a sucessão seguirá as determinações ali discriminadas até a ulterior partilha.

Encerradas as questões sobre o momento da abertura da sucessão e suas implicações, adentra-se no estudo das classes de sucessores que compõem a ordem de vocação hereditária. Cahali<sup>20</sup>, parafraseando Itabaiana de Oliveira, afirma que:

[...] a pedra angular da sucessão legítima é a ordem de vocação hereditária, que traduz o modo pelo qual o legislador regulou a distribuição em classes preferenciais das pessoas que serão chamadas a suceder. (pag. 148).

Para aquele que falece *ab intestato* (sem testamento), a lei encarregar-se-á de estabelecer a cadeia de sucessão dos herdeiros legítimos, conforme preconiza o artigo 1.788 do Código Civil, obedecendo à legítima, aos bens não abrangidos pelo testamento, ou àqueles provenientes de ato de disposição de última vontade considerado nulo ou que venha a caducar.

A legítima corresponde à metade do patrimônio deixado pelo autor da herança, vindo a ser verdadeira limitação ao direito de testar do falecido na existência de herdeiros necessários, nos termos do artigo 1.789 do Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

Por sua vez, resta diferenciar os herdeiros legítimos dos herdeiros necessários. Herdeiro legítimo, segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>21</sup> “é a pessoa indicada em lei como sucessor nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança.” Assim, são herdeiros legítimos os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais até quarto grau.

Para o mesmo autor<sup>22</sup>, “Herdeiro *necessário* é o parente e o cônjuge com direito a uma cota parte da herança, da qual não pode ser privado. No novo Código ostentam tal título os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

---

<sup>20</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 135.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107.

Desta feita, os colaterais são herdeiros facultativos, de forma que ocorrendo a sucessão com apenas eles figurando como herdeiros, a liberdade de testar do autor mantém-se intacta, não havendo qualquer limitação para dispor de seus bens, considerando que não existem herdeiros necessários que possam ensejar a proteção da legítima.

### 1.3. DAS CLASSES DE HERDEIROS

Como dito acima, são chamados a participar da sucessão legítima os descendentes, os ascendentes, o cônjuge ou companheiro sobrevivente e os colaterais.

No Código Civil anterior, a sucessão era deferida, primeiramente, aos descendentes que, por sua vez, excluía os demais sucessores, por não ser reconhecida a concorrência entre os herdeiros. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves<sup>23</sup>:

Dispunha o art. 1.611, *caput*, do Código Civil de 1916 que somente em falta de descendentes e ascendentes seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal, ou seja, se o casal não estava separado judicialmente ou divorciado. (GONÇALVES, 2014, p. 114).

Com o advento do Código Civil de 2002, o artigo 1.829 que prevê a ordem de vocação trouxe em seu bojo não só as classes de herdeiros, como também as hipóteses de concorrência entre elas.

#### 1.3.1. Dos descendentes

A primeira classe de sucessores é composta pelos descendentes, que herdam em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Para Venosa<sup>24</sup>, a escolha do legislador em colocar os descendentes como classe preferencial na sucessão decorre de uma ordem natural, baseando-se na força dos vínculos afetivos criados, sendo o direito de representação dos

---

<sup>23</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 114.

<sup>24</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. vol. 7. São Paulo: Atlas, 2004. p. 97-98.

netos do falecido uma forma de preservar e igualar a atribuição da herança aos filhos.

A sucessão dos descendentes será abordada em tópico separado no próximo capítulo.

### **1.3.2. Dos ascendentes**

Em segundo plano está a classe dos ascendentes do falecido, que também herdarão em concorrência com cônjuge supérstite. Eles só serão chamados a suceder desde que não existam descendentes do autor da herança. Diferentemente dos descendentes, não existe representação para esta classe, herdando o ascendente de grau mais próximo, em detrimento do mais remoto.

Não havendo cônjuge, será a totalidade da herança deferida à classe dos ascendentes. Contudo, na hipótese de concorrência, o montante do espólio será aquinhoadado da seguinte forma:

- *Ascendentes de primeiro grau (genitores do falecido) e cônjuge:* caberá a cada um o correspondente a 1/3 (um terço) da herança;
- *Ascendente de primeiro grau e cônjuge:* a herança será dividida em duas partes iguais aos sucessores;
- *Ascendentes de maior grau e cônjuge:* ao cônjuge caberá metade da herança, de forma que a outra parte será dividida entre os ascendentes, observada a linha a que pertencerem (paterna ou materna), os mais próximos excluindo os mais remotos.

### **1.3.3. Do cônjuge**

Anteriormente, os colaterais até o décimo grau eram chamados a suceder, tornando-se quase remota a possibilidade do marido ou esposa ser convocado para a partilha da herança.

Diferentemente dos herdeiros já citados, o cônjuge, terceiro na linha de sucessão, somente passou a ocupar este lugar com a entrada em vigor do Decreto nº 1.839/1907, conhecido como “Lei Feliciano Pena”<sup>25</sup>:

Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão *ab intestato* ao conjuge sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicílio em território não incorporado a qualquer delas.

Mantida tal determinação no Código Civil de 1916, o cônjuge passou a herdar apenas na falta de descendentes e ascendentes, privando os colaterais de usufruírem da herança. Nestes termos, o artigo 1.612 do antigo Código<sup>26</sup> dispõe que “Se não houver cônjuge sobrevivente, ou êle incorrer na incapacidade do artigo 1.611 serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

Contudo, era considerado herdeiro facultativo, podendo ser privado da parte que lhe cabia em razão de disposição testamentária, sendo-lhe ressalvado apenas o direito de usufruto vidual em razão do regime de bens adotado, haja vista as mudanças perpetradas no artigo 1.611 do Código de 1916 pelo Estatuto da Mulher Casada – Lei nº 4.121/1962<sup>27</sup>:

Art. 1.611. [...]

§2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente a imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Ainda, para ser o cônjuge sobrevivente chamado a suceder na lei anterior, a sociedade conjugal não poderia estar desfeita ao tempo da abertura da

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto nº 1839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <[www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html)>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

sucessão, nos termos do artigo 1.611 do Código Civil de 1916. Dessa determinação, extrai Cahali<sup>28</sup> que:

Pela literalidade do texto legal, a interpretação harmônica direciona-se no sentido de não bastar a pendência de ação, ou mesmo a sentença ou acordo homologado, sendo imprescindível o trânsito em julgado da decisão para privar o cônjuge do direito sucessório [...]  
Assim, se, antes de operar-se a coisa julgada no processo, quer fosse de separação judicial, quer de divórcio direto, qualquer dos cônjuges viesse a falecer, subsistia ao outro, o potencial direito hereditário, independentemente da culpa ou inocência discutida na ação. (CAHALI, 2014, p. 188).

Atualmente, além de ser considerado o cônjuge herdeiro necessário, o direito real de habitação também lhe foi resguardado, independentemente do regime de bens adotado. Sem falar que foi elevado a primeira classe de preferência à herança em concorrência com os descendentes do falecido, bem como aparece na segunda classe, dividindo o montante com os ascendentes ainda vivos.

Assim como os descendentes, a sucessão do cônjuge será estudada em capítulo próprio.

#### 1.3.4. Dos colaterais

De acordo com Venosa<sup>29</sup> “São colaterais os parentes que descendem de um só tronco, sem descenderem uns dos outros.” São considerados, para fins sucessórios, os parentes até quarto grau, sendo que os de grau mais próximo excluem os mais remotos.

Como herdeiros facultativos, os colaterais somente serão convocados a suceder quando não existirem os herdeiros necessários anteriormente mencionados.

Entretanto, a presunção de legitimação não é absoluta, uma vez que se houver disposição testamentária beneficiando outrem com a totalidade da

<sup>28</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 188.

<sup>29</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. vol. 7. São Paulo: Atlas, 2004. p. 128.



herança, os herdeiros desta classe serão excluídos, por não gozarem da proteção da legítima destinada aos descendentes, ascendentes e cônjuge.

Uma particularidade da sucessão de colaterais diz respeito ao direito de representação assegurado apenas aos filhos dos irmãos pré-mortos e/ou indignos, previsto no artigo 1.843 do Código Civil. Caio Mário<sup>30</sup> salienta que:

[...] a sucessão *iure representationis* somente tem lugar quando concorrem irmãos do falecido e filhos de irmão premorto, na sucessão do irmão defunto. Se forem chamados somente os parentes do mesmo grau, isto é, todos os filhos de vários irmãos premortos, adirão a herança por cabeça (Código Civil de 1916, art. 1.617, §1º; novo Código Civil, art. 1843, §1º), partilhada ela por todos igualmente. (PEREIRA, 2012, p. 157)

Conclui-se, portanto, que o critério da representação é utilizado somente quando concorrerem à herança irmãos e sobrinhos do autor da herança, herdando os últimos por cabeça quando concorrerem apenas com indivíduos que ocupem o mesmo grau na cadeia de sucessão.

Lado outro, Código Civil estabelece uma diferenciação no valor de quotas referentes aos irmãos do falecido, em razão da ancestralidade de cada um. Isso porque os irmãos bilaterais (filhos do mesmo pai e da mesma mãe) herdarão o correspondente ao dobro dos irmãos unilaterais (filho de apenas um dos pais). Exemplificando, Silvio de Salvo Venosa<sup>31</sup>:

Na divisão da herança, coloca-se peso 2 para o irmão bilateral e peso 1 para o unilateral, fazendo-se a partilha. Assim, existindo-se dois irmãos bilaterais e dois irmãos unilaterais, a herança divide-se em seis partes, 1/6 para cada irmão unilateral e 2/6 (1/3) para cada irmão bilateral. (VENOSA, 2004, p. 129).

Por fim, não existindo parentes sucessíveis, o Município ou Distrito Federal recolherá os bens, transpassado o período de vacância da herança, nos termos do artigo 1.844 do Código Civil.

---

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 157.

<sup>31</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. vol. 7. São Paulo: Atlas, 2004. p.129.

## 2. DA SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE EM FACE DA CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

### 2.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUCESSÃO DOS DESCENDENTES

Diferentemente do previsto no Código de 1916, os descendentes deixaram de ser os únicos a ocuparem a primeira classe na ordem vocatória, concorrendo com o cônjuge sobrevivente na herança. Cahali<sup>32</sup> preleciona verdadeira confusão em tal ordem, no sentido de que:

(...) condiciona a qualidade de herdeiro do cônjuge ao regime de bens no casamento e as circunstâncias fáticas de acordo com a casuística (...) Confusa, ainda, pois, convocado o cônjuge, o critério de divisão da herança depende da existência ou não de descendentes comuns. (CAHALI, 2014, p. 165).

---

<sup>32</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.165.

Restringindo-se a sucessão dos descendentes, Carlos Roberto Gonçalves<sup>33</sup> denota que existe uma razão para estes serem os primeiros convocados a suceder: “a continuidade da vida humana e a vontade presumida do autor da herança”. Os descendentes darão continuidade ao nome do falecido e suas ações, além de que o afeto aos filhos e netos é presumivelmente maior em comparação aos demais familiares.

Ademais, superadas estão as questões referentes aos filhos e sua origem, uma vez que, segundo Senise<sup>34</sup>, “(...) independentemente da origem da filiação, seja ela havida do casamento ou não, vigora o *princípio constitucional da igualdade absoluta de direitos entre os filhos* (...) regra esta que abrange os adotados.”

Apesar de o trabalho tratar especificamente sobre os herdeiros filhos, cumpre ressaltar que na sucessão dos descendentes não há delimitação de grau para a transmissão da herança, previsão esta originária do Código Civil de 1916. Nesses termos, Caio Mário da Silva Pereira<sup>35</sup>:

Na falta de filhos, de qualquer espécie, a herança passava os netos; e não os havendo, aos bisnetos; e assim, sucessivamente, eram chamados a suceder os descendentes em linha reta, *in infinitum* ou sem qualquer limitação de grau, observada sempre a regra da exclusão dos graus mais remotos, salvo exceção advinda do *ius representationis*. (PEREIRA, 2012, p. 90-91).

Vigorando no Código Civil atual, tem-se que os descendentes herdarão, em detrimento dos demais legitimados, independentemente do grau em que se encontrem, ressalvada a concorrência com o cônjuge sobrevivente nas hipóteses em que o regime de bens permitir. Além do mais, o direito de representação restringe-se aos netos, não ultrapassando o grau por eles ocupado na cadeia sucessória.

Como visto, os descendentes em grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, sucedendo por cabeça os de mesmo grau, na ocorrência do direito de

---

<sup>33</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

<sup>34</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 7. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273.

<sup>35</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 90-91.

representação, a herança será deferida por estirpe. Exemplifica Clóvis Beviláqua, citado por Silvio Rodrigues<sup>36</sup>:

Se concorrerem seis netos à sucessão do avô, quatro procedentes de um filho pré-defunto e dois de outro, pelo sistema de sucessão *in capita*, os quatro primeiros terão suas quotas aumentadas, pela intercorrência do falecimento de seu tio antes da abertura da sucessão; e os dois últimos, por motivo idêntico, terão as suas quotas diminuídas. (RODRIGUES, 2002, p. 101).

Não havendo mais questionamentos relativos aos descendentes, passa-se a dissertar sobre o cônjuge sobrevivente, apresentando, em primeiro plano, suas variadas facetas pelo advento da abertura da sucessão, bem como os pressupostos a serem atendidos por este, visando o reconhecimento de seu direito sucessório, ante a concorrência estipulada na legislação civil.

## 2.2. DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE MEEIRO E CÔNJUGE HERDEIRO

Parafraseando Cahali<sup>37</sup>, a meação diz respeito à 50% (cinquenta por cento) da universalidade dos bens comuns do casal, não se confundindo com o montante total da herança. Ademais, somente é resguardada nos regimes de comunhão total bens, participação final dos aquestos e no regime de comunhão parcial (regime legal), desde que existam, nesta última hipótese, bens particulares dos cônjuges.

Assim, tem-se que os bens referentes à meação nada têm a ver com aqueles a serem partilhados ao final do inventário, considerando a titularidade do cônjuge sobre essa fração ideal do patrimônio em razão da dissolução do vínculo conjugal, que poderia ser dar também pelos outros casos previstos nos incisos do artigo 1.571 do Código Civil.

Em virtude do exposto, o cônjuge supérstite poderá ser meeiro, nas hipóteses acima explanadas, bem como poderá ser herdeiro, sendo convocado para

---

<sup>36</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 101.

<sup>37</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.190.

receber a parte que lhe cabe na herança concorrendo com os descendentes, respeitadas as condições impostas pelo regime de bens que houver adotado ao convolar núpcias com falecido, o que será visto a seguir.

No mais, Caio Mário<sup>38</sup> dispõe que o questionamento sobre o regime de bens, em se tratando de concorrência com os ascendentes, será irrelevante, conforme estabelece o artigo 1829, inciso II do Código Civil, podendo o cônjuge sobrevivente herdar ainda a herança, em sua totalidade, caso não existam outros herdeiros legitimados a suceder.

### 2.3. OS REGIMES DE BENS NO CÓDIGO CIVIL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO SUCESSÓRIO

Nas palavras de Roberto Senise Lisboa<sup>39</sup>, “*Regime de bens* é o conjunto de normas jurídicas aplicáveis no casamento, que fixa quais coisas serão comunicadas para ambos os cônjuges (*comunicação de aquestos*)”. Atualmente são quatro: comunhão parcial de bens; comunhão universal de bens; separação de bens; participação final nos aquestos.

Em regra, o casal escolhe o regime que será seguido durante a constância do casamento, podendo este ser alterado, o que era impossível no antigo Código de 1916. Contudo, a lei pode exigir que os nubentes adotem determinado regime de bens, como nos casos previstos nos incisos do artigo 1641 do Código Civil em vigor.

Ficando silente, o casal terá como regime a comunhão parcial, regime legal adotado pelo Código Civil de 2002, que não exige, diferentemente dos demais, a realização de acordo entre os noivos por meio de escritura pública<sup>40</sup>, denominado pacto antenupcial.

---

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 190.

<sup>39</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 7. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137.

<sup>40</sup> FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1044.

Adentrando na seara sucessória, o cônjuge, como herdeiro de primeira classe que é, ao lado dos descendentes, concorrerá ou não a herança, conforme for o regime de bens adotados no casamento<sup>41</sup>.

Nessa esteira, cumpre ressaltar que no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge supérstite apenas será herdeiro concorrente se existirem bens particulares do *de cuius*, isto é, não adquiridos durante a constância do matrimônio. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira<sup>42</sup>:

É da sua essência que os bens que cada um dos cônjuges trouxer para o casamento permaneçam como de sua propriedade exclusiva. Os que forem adquiridos na constância do casamento constituem bens comuns, isto é, formam patrimônio pertencente ao marido e à mulher, indiscriminadamente. (PEREIRA, 2012, p. 222).

Exemplificando, tendo o *de cuius* adquirido algum imóvel antes de se casar pelo regime legal, tal bem será considerado particular, participando o cônjuge sobrevivente em sua eventual partilha.

Herdará também no regime de participação final nos aquestos, uma espécie de regime misto, uma vez que na constância do casamento vigora a separação de bens e, havendo dissolução do vínculo conjugal, serão aplicadas as condições do regime de comunhão parcial em relação aos aquestos, bens comunicáveis, separados do patrimônio de cada um. Saliencia Caio Mário<sup>43</sup>:

A dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges não altera o critério de participação nos aquestos. Apurados os valores e levantado o monte partível, ao cônjuge sobrevivente tocará a respectiva meação. Aos herdeiros do falecido caberá a outra, que será objeto de inventário e partilha, descrevendo-se no respectivo processo a sua participação nos aquestos juntamente com os bens que compõem o seu patrimônio próprio. (PEREIRA, 2012, p. 244).

Portanto, além da meação à qual tem direito pelo regime de bens, o cônjuge sobrevivente também herda na outra metade dos aquestos, dependendo sua parte exclusivamente em razão da concorrência que enfrentará.

---

<sup>41</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. São Paulo: Método, 2014. p. 1.022.*

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família. 20. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 222.*

<sup>43</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família. 20. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 244.*

Da mesma forma, herdará o cônjuge supérstite no regime de separação convencional, haja vista que em tal situação, os bens dos nubentes não se misturam por opção deste, conforme estipulado no pacto antenupcial.

Editada a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, os bens relativos à sucessão do cônjuge foram restringidos àqueles adquiridos na constância do casamento. Entretanto, o entendimento da referida Súmula limitou ainda mais o direito sucessório do cônjuge, conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves<sup>44</sup>:

No princípio essa súmula foi aplicada com amplitude. Posteriormente, no entanto, a sua aplicação ficou restrita aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges, reconhecendo-se a existência de uma verdadeira sociedade de fato. Assim passou a decidir o Superior Tribunal de Justiça. (GONÇALVES, 2014, p. 126).

Desta feita, majoritariamente a doutrina limita a sucessão do cônjuge, no caso de separação convencional de bens, levando-se em consideração o esforço perpetrado por ele na construção do patrimônio “particular” do falecido.

Contudo, além das quatro hipóteses de regime expressamente dispostas no atual Código Civil, os cônjuges, nos termos do artigo 1.639 do mesmo, poderão dispor livremente sobre seus bens, criando regras específicas ao seu regime. Complementa Tartuce<sup>45</sup>:

Destaque-se que o regime misto tem sido a opção de muitos casais na atualidade, principalmente compostos por profissionais liberais que efetivamente trabalha fora de casa, e que pretendem afastar uma indesejada comunhão de todos os bens havidos durante a união. Ilustrando, é possível convencionar uma comunhão parcial de bens em relação a imóveis e uma separação de bens quanto aos móveis (caso do dinheiro). (TARTUCE, 2014, p. 867).

Em consonância com a escolha de regime diverso está o Enunciado nº 331 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil, que ressalta a certificação a respeito desta modificação ainda no processo de habilitação.

#### 2.4. DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

<sup>44</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126.

<sup>45</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2014. p. 867.

Conforme já explanado, o cônjuge, na vigência do Código Civil de 1916 não era considerado herdeiro necessário, sendo inclusive dispensado da partilha na ocorrência de testamento que assim dispusesse ou que elencasse pessoa diversa para receber a herança em sua totalidade.

Com as crescentes inovações em relação à sucessão do cônjuge desde o início do Século XX, este passou a ocupar lugar de destaque na transmissão dos bens, ocupando a primeira classe de herdeiros em concorrência com descendentes, sendo inclusive resguardada metade do monte partilhável, a fim de que tais herdeiros necessários não fiquem desamparados em razão da, muitas vezes, inesperada morte. Contextualizado, Silvio Rodrigues<sup>46</sup>:

Feitas essas digressões, de valor histórico inegável, chegamos ao Código Civil de 2002, que colocou o cônjuge sobrevivente numa posição destacada, verdadeiramente privilegiada no quadro da sucessão legítima, passando, inclusive, a ser considerado herdeiro necessário (CC, art. 1.845). (RODRIGUES, 2002, p.115).

Contudo, para que seu direito sucessório seja reconhecido, não pode haver o rompimento da sociedade conjugal, ou nos casos de separação, da convivência marital, uma vez que “os vínculos familiares entre eles devem subsistir até a data do óbito a fim de que se possa considerar o supérstite como herdeiro”, conforme denota Roberto Senise Lisboa<sup>47</sup>.

Salienta-se que a separação judicial é aqui mencionada, haja vista que muitos casais não realizaram a conversão desta em divórcio, e que no advento da morte, tal instituto é de suma importância para o desdobramento da partilha.

O cônjuge, portanto, deve preencher requisitos básicos para que a partilha seja concretizada a seu favor. Para Orlando Gomes<sup>48</sup> tais pressupostos são: a validade do casamento e a não ocorrência de separação de fato ou judicial, bem como divórcio do casal.

---

<sup>46</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115.

<sup>47</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 7. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 394.

<sup>48</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63.



O autor nesta obra também elenca a possibilidade de sucessão do cônjuge, mesmo que separado, desde que não tenha dado causa à separação (culpa). Entretanto, esta possibilidade está obsoleta, considerando que não há mais a necessidade de se perquirir a culpa de um dos cônjuges para que seja dissolvido o vínculo conjugal.

Além disso, o regime de bens também é levado em consideração, como referido no tópico acima, sendo assegurado que, na ocorrência de qualquer deles, o direito real de habitação em relação ao imóvel destinado à residência da família até o seu falecimento<sup>49</sup>, além do recebimento do montante total da herança na ausência de herdeiros descendentes e ascendentes.

## 2.5. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO COM OS DESCENDENTES

Como outrora dito, o cônjuge sobrevivente, elevado a primeira classe de herdeiros na vocação hereditária concorre juntamente aos descendentes no monte partilhável, nos termos do artigo 1.829, inciso I do Código Civil.

Em atenção às considerações feitas sobre os regimes de bens, extrai-se que o cônjuge sobrevivente somente não concorrerá com os descendentes nas hipóteses de comunhão universal de bens e quando o regime de separação for imposto, observado o estabelecido no citado artigo 1.641 do Código Civil.

Isso porque, na primeira hipótese, o cônjuge já estaria amparado, considerando que lhe seria entregue a metade do patrimônio total em virtude da meação, “pertencente ao cônjuge por direito próprio, em razão do casamento”<sup>50</sup>.

Já na segunda, o legislador estipulou que nos casamentos realizados sem atendimento às causas suspensivas, bem como com pessoas maiores de 70 (setenta) anos e daqueles que necessitam de suprimento judicial, os nubentes não teriam direito a qualquer bem um do outro, a fim de se resguardar os interesses dos indivíduos inseridos em tais relações, como por exemplo os filhos de um casamento anterior, dissolvido pela morte, onde ainda não fora realizado inventário, além da

---

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, vol. 7: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 116.

<sup>50</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 190.

desconfiança que permeia casamentos de pessoas com faixa etária já avançada, o que para Caio Mário<sup>51</sup>, entre outros autores, não deveria subsistir.

Falta ainda discorrer sobre possível nulidade ou anulação do casamento, onde a palavra de ordem é a boa-fé. Para Caio Mário<sup>52</sup>, “Se o casamento for declarado *nulo*, ou se vier a ser *anulado*, será chamado a suceder o cônjuge sobrevivente, *se de boa fé*, desde que a sucessão se abra antes da sentença anulatória (...)”.

Assim, caso o cônjuge sobrevivente, celebrando o casamento de boa-fé, seja chamado a suceder, estando pendente a sentença anulatória na abertura da sucessão, seu direito sucessório é garantido, devido à previsão legal situada no artigo 1.561 e §1º do Código Civil.

Por derradeiro, atendidos todos os pressupostos para concorrer à herança, insta consignar o quinhão a ser destinado ao cônjuge em sede de partilha. Como regra geral, o critério de divisão deve atender à primeira parte do artigo 1832 do Código Civil que diz “ (...) caberá ao cônjuge quinhão igual aos do que sucederem por cabeça”.

Destarte, caso o *de cujus*, falecendo *ab intestato*, deixe um patrimônio de R\$100.000,00 (cem mil reais), sendo herdeiros sua viúva e mais dois filhos, cada uma receberá um terço do referido valor, tendo em vista o aquinhoamento predisposto no citado artigo.

Contudo, deixando além do viúvo, mais quatro herdeiros, a divisão será diferente. Adentra-se, portanto, em outra hipótese, prevista na segunda parte do mesmo artigo, onde se afigura a reserva de patrimônio do cônjuge sobrevivente, o que será estudado no próximo capítulo.

---

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 131.

### 3. DA RESERVA DA QUARTA PARTE DA HERANÇA AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE EM FACE DA FILIAÇÃO HÍBRIDA

#### 3.1. DA RESERVA DA QUARTA PARTE DA HERANÇA

Como outrora assinalado, em se tratando de concorrência com os herdeiros descendentes, ao cônjuge supérstite será deferido quinhão igual àqueles que sucederam por cabeça. No entanto, a segunda parte do artigo 1.832<sup>53</sup> dispõe que:

**Art. 1832. 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.**

Desta feita, outro critério de divisão ficou estabelecido, assegurando a reserva de determinado percentual ao cônjuge sobrevivente na concorrência com filhos comuns, ou seja, descendentes diretos dele e do falecido.

Por razões matemáticas, sinaliza Tartuce<sup>54</sup> que “[...] a questão somente ganha relevo se houver mais de três descendentes do falecido, situação em que a reserva da quarta parte ficará em xeque.”

---

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva*. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>54</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2014. p. 1026.

Assim, a reserva somente será observada quando existirem quatro filhos ou mais, considerando que concorrendo com até três filhos, todos irão receber 25% do patrimônio deixado pelo de cujus, respeitando-se o percentual estipulado em lei.

Carlos Roberto Gonçalves<sup>55</sup> ressalta ainda sobre em quais bens deverá incidir a reserva, citando ainda Mário Luiz Delgado Régis, asseverando que “essa reserva da quarta parte diz respeito à herança possível do cônjuge, e não à totalidade da herança, ou seja: a reserva deve ser feita apenas sobre os bens particulares”. Nada mais redundante, considerando que a meação já é garantida, na ocorrência de patrimônio comum.

Alguns autores criticam a existência desta reserva, seja pelo fato de o cônjuge sobrevivente, em razão do regime de bens, ter a seu favor a meação, seja pelo fato de a lei ser mais protecionista em relação aos descendentes, visto que são os primeiros a serem chamados na ordem de sucessão. José de Oliveira Ascensão, citado por Mário Luiz Delgado<sup>56</sup> em sua obra em capítulo próprio destinado a concorrência do cônjuge sobrevivente, salienta esta injustiça na garantia de tal reserva, haja vista as facilidades deste em convolar novas núpcias, privando os herdeiros descendentes de parte do patrimônio de seu ascendente.

A despeito das críticas, sendo o cônjuge sobrevivente ascendente dos descendentes do *de cujus*, a ele será assegurada a quarta parte do monte partilhável dos bens, conforme determinado em lei.

Lado outro, por exclusão, tem-se que não sendo o cônjuge supérstite ascendente dos filhos do falecido, a chamada filiação exclusiva, não lhe será reservada a quarta parte da herança, recebendo todos os sucessores igual fração do patrimônio, em observância a regra geral. Nesse sentido, Francisco Cahali<sup>57</sup>:

Concorrendo com descendentes só do autor da herança, receberá o cônjuge parcela idêntica à dos que sucederem por direito próprio. Assim, sendo quatro filhos, cada qual receberá 1/5 da herança. Existindo entre os filhos algum premorto, sua prole, netos do falecido, herdará por representação, partilhando entre si, e em quotas iguais, o que cabia seu pai (1/5). (CAHALI, 2014, p. 200).

---

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119.

<sup>56</sup> DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil – Questões controvertidas*. vol. 3. São Paulo: Método, 2005. p. 455.

<sup>57</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 200.

Como bem acentuado por Cahali, o direito de representação é assegurado, mesmo na hipótese de concorrência com filhos comuns, onde a reserva de patrimônio é aplicada.

Apresentadas as situações em que a partilha abrange somente descendentes comuns, ou apenas descendentes exclusivos, passa-se ao exame do problema, cerne do presente trabalho: haverá a reserva da quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente, concorrendo este com filiação híbrida?

Tal questionamento é frequente em virtude da omissão do legislador, que não fez previsão de concorrência do cônjuge supérstite com descendentes em comum e aqueles exclusivos do *de cujus*.

Diante desse dilema, surgem construções doutrinárias diversas para suprir a lacuna deixada em lei, a fim de possibilitar a partilha da herança, o que se verá a seguir.

### 3.2. A RESERVA DE PATRIMÔNIO AO CÔNJUGE SOBREVIVO EM FACE DA FILIAÇÃO HÍBRIDA

Antes de analisar cada corrente doutrinária sobre o tema, é necessária a implementação de um caso prático para melhor compreensão da divisão da herança: suponha-se que o falecido tenha deixado sete filhos, sendo quatro do casamento anterior, e os outros três frutos de seu atual matrimônio.

A primeira corrente estabelece que ocorrendo filiação híbrida, todos os descendentes serão tidos como comuns, sendo reservada quarta parte da herança ao cônjuge. Assim, a herança seria dividida em oito partes, cabendo ao cônjuge sobrevivente  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do patrimônio e a todos os filhos o equivalente a  $\frac{3}{28}$  (três vinte e oito avos) dos bens a serem transmitidos.

Esta corrente é seguida por alguns autores como Venosa<sup>58</sup> e Cahali<sup>59</sup>, sendo que este último se posiciona pela “interpretação objetiva do texto”, de forma que:

---

<sup>58</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. vol. 7. São Paulo: Atlas, 2004. p. 114.

<sup>59</sup> CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 201

[...] sendo a prole só do falecido, a participação é uma; mas se o sobrevivente for *ascendente dos herdeiros com quem concorrer*, está abrangida a situação híbrida, devendo, pois, ser reservada sua parcela mínima de  $\frac{1}{4}$  na herança, pois não fala a lei em ascendente de todos os herdeiros com quem disputar, ou único ascendente dos sucessores. (CAHALI, 2014, p. 201).

Mauro Antonini<sup>60</sup> ressalta que esta interpretação objetiva não é justificável pelo fato de que “(...) se bastasse o cônjuge ser ascendente de pelo menos um dos herdeiros com quem concorrer, deveria constar do artigo ‘se for ascendente de algum dos herdeiros com quem concorrer. A redação adotada, ao contrário, resulta na referida ambiguidade”.

Para sustentar a tese em questão, Venosa<sup>61</sup> afirma que a reserva de patrimônio se adequa ao “espírito” da lei, pontuando que não cabe ao intérprete da legislação fazer a distinção, não existindo outra forma de se dividir os bens.

Contudo, os críticos a essa corrente como Carlos Roberto Gonçalves<sup>62</sup> assentam que ao recorrer a esse artifício, considerando todos descendentes comuns ao casal, os filhos exclusivos ficariam prejudicados.

Voltando ao exemplo, os quatro filhos da relação anterior do falecido seriam tolhidos de 25% (vinte e cinco por cento) do patrimônio exclusivo de seu genitor. Sendo o montante partilhável no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) seriam destinados ao cônjuge, de forma que o restante, R\$75.000,00 (setenta e cinco mil reais) seria dividido igualmente entre os sete irmãos.

Maria Helena Diniz<sup>63</sup> ressalta que a partilha, nesses moldes, não seria justa “por lesar os descendentes exclusivos do falecido, que nenhum liame de parentesco consanguíneo tem com o viúvo, que receberia  $\frac{1}{4}$  do monte partível”.

Ademais, além da privação de patrimônio, que por si só gera grave prejuízo aos descendentes exclusivos, a medida ora explanada potencialmente privilegia os descendentes comuns, ante a possibilidade de reversão futura a eles

<sup>60</sup> PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 2168.

<sup>61</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. vol. 7. São Paulo: Atlas, 2004. p. 114.

<sup>62</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 120.

<sup>63</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 25. ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151.

dos bens advindos da reserva de patrimônio particular do *de cuius*. Assevera Mauro Antonini<sup>64</sup>:

(...) os descendentes comuns perdem uma parte da herança em favor de seu ascendente comum; os exclusivos perderiam para terceiro em face de quem não têm potencialidade sucessória. A diferença perdida pelos descendentes comuns, em tese, na situação mais comum, natural da vida, dos pais morrerem antes dos filhos, poderá ser por eles recuperada quando o cônjuge sobrevivente morrer. A mesma possibilidade não existe para os exclusivos. (PELUSO, 2010, p. 2168).

Desta feita, não há razão de aplicação desta hipótese, não sendo plausível a segregação dos filhos, visando o favorecimento do cônjuge sobrevivente.

Outro entendimento doutrinário dispõe que a herança deveria ser dividida igualmente entre os descendentes, de forma que a reserva recairia na fração correspondente aos filhos que tenham por ascendente o cônjuge sobrevivente. Leciona Carlos Roberto Gonçalves<sup>65</sup> que tal corrente:

(...) propõe a divisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo: resguardar-se-ia a quarta parte da herança ao cônjuge somente com relação aos filhos comuns, e fazendo-se a partilha igualitária, sem aquele mínimo de um quarto, com relação aos herdeiros.

Exemplificando, a herança do falecido, no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) seria dividida em sete partes iguais, sendo que no montante total representado pelos herdeiros comuns, ou seja,  $\frac{3}{7}$  (três sétimos) do valor, seria feita a reserva.

A situação em destaque revela verdadeira distinção entre os herdeiros, haja vista o deferimento de quinhões diferentes aos filhos, reflexo da incidência da reserva sobre a porção concernente aos filhos comuns. Assim como na primeira corrente, os filhos iriam ser prejudicados, só que desta vez, seriam os herdeiros dos quais o cônjuge sobrevivente é ascendente.

<sup>64</sup> PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 2168.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 120.

A distinção valorativa de quinhões fere diretamente o direito à igualdade. Entretanto, nesta situação, a igualdade mencionada não diz respeito ao direito descrito no *caput* artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas àquele consagrado no artigo 227, §6º, também presente na Lei Maior<sup>66</sup> que preconiza que “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.”

Ao realizar a repartição da herança, subordinando a reserva à quota relativa aos filhos comuns, estes acabariam recebendo um valor menor do que os herdeiros exclusivos, o que é inadmissível, em se tratando de herdeiros de mesmo grau e classe. Na mesma linha, Mauro Antonini<sup>67</sup>:

É criticável por desigualar as cotas dos descendentes, discriminando-os por serem exclusivos ou comuns. Seria de se indagar se tal diferenciação seria atentatória na norma da Constituição que veda discriminação entre filhos (art. 227, §6º); se também significaria violação do art. 1.834 do atual Código Civil, que estabelece os descendentes de mesma classe (e grau) terem os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. (PELUSO, 2010, p. 2168).

O princípio da igualdade de tratamento aos filhos, proveniente da Declaração Universal de Direitos Humanos e ratificado pelo Pacto de San José da Costa Rica estabelece “(...) a *isonomia plena* de tratamento, devendo-se conferir aos filhos havidos e não havidos do casamento os mesmos direitos e garantias.”<sup>68</sup>

Portanto, a adoção desta corrente iria de encontro com princípio constitucional de respeito à igualdade entre os filhos, qualquer que seja sua origem.

Insta consignar que deve ser realizada uma análise sistemática da situação, a fim de que as decisões sejam aplicadas em consonância com o estabelecido pela Carta Magna, visando suprir a lacuna da lei no caso em questão.

Por sua vez, a terceira e última corrente estabelece como solução ao problema considerar todos os descendentes como exclusivos do autor da herança, não havendo a reserva de patrimônio ao cônjuge supérstite.

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva*. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>67</sup> PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p.. 2168.

<sup>68</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 7. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274.



Assim, tantos os quatro filhos do casamento anterior, quanto os três filhos do atual casamento seriam tratados como descendentes exclusivos do cônjuge, sendo a herança dividida igualmente entre todos os filhos e cônjuge sobrevivente.

Diferentemente da primeira corrente que afirma não ser necessário que todos os herdeiros sejam comuns para a garantia da quarta parte da herança, os autores que defendem a terceira hipótese dispõe que a reserva se restringe às situações em que o cônjuge sobrevivente seja ascendente de absolutamente todos os descendentes do falecido.

Complementando o raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves<sup>69</sup> afirma que:

Deve-se entender, com efeito, na hipótese aventada, que o cônjuge supérstite teria direito única e exclusivamente a quinhão igual ao dos demais descendentes, pois, se o legislador quisesse, poderia ter estabelecido norma para regular essa situação. (GONÇALVES, 2014, p. 119).

Assim, caso a vontade do legislador fosse proteger o cônjuge sobrevivente, independente da origem dos descendentes, aquele não teria feito a ressalva no artigo, limitando a reserva na ocorrência de descendentes comuns. Ademais, o prejuízo do cônjuge em função desta repartição seria ínfimo como estabelece Mauro Antonini<sup>70</sup>:

Do ponto de vista do cônjuge, o prejuízo é mínimo, porque permanece concorrendo com os descendentes; seus descendentes recebem cota igual à dos filhos exclusivos do *de cuius*, o que, em princípio, é aspecto que o favorece indiretamente; e o cônjuge, além disso, permanece com o direito real de habitação, pode postular alimentos dos filhos etc. Em suma, pela posição ora defendida, não sofre prejuízo tão considerável. (PELUSO, 2010, p. 2168).

Noutro giro, tal entendimento é adotado pela maioria doutrinária por privilegiar os descendentes, sejam eles comuns ou exclusivos, em detrimento do

---

<sup>69</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119.

<sup>70</sup> PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 2168.

cônjuge, atendendo-se à *mens legis* de proteção ao herdeiro descendente, preponderante no ordenamento pátrio. Nas palavras de Maria Helena Diniz<sup>71</sup>:

Se assim é, só importa, para fins sucessórios, a relação de filiação com o de cujus (autor da herança) e não a existente com o cônjuge supérstite. Por isso, para que não haja quotas diferentes entre os filhos do falecido, diante da omissão legal, parece-nos, que este deveria receber quinhão igual ao dos filhos que herdaram por cabeça, não se aplicado a quota hereditária mínima de 1/4. Acatar-se-ia, assim, além do princípio da isonomia, o da operabilidade (LICC, art. 5º). (DINIZ, 2011, p. 150).

Portanto, ao acatar a respectiva doutrina, seria respeitada à igualdade de quotas dos herdeiros de mesmo grau, e principalmente, o preceito fundamental de tratamento isonômico da filiação, qualquer que seja a sua procedência.

---

<sup>71</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 25. ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esmerada análise das teses apontadas para solução do caso, a primeira impressão que se retira é que, apesar de uma maioria esmagadora se atrelar à última corrente explanada, a aplicação da reserva ainda é um tema deveras questionado no direito sucessório.

Sustentações plausíveis e diversificadas foram elencadas para dirimir o conflito advindo de uma lacuna de lei, uma inobservância do legislador para com o artigo 1.832 do Código Civil que, por levantar tal hipótese, pôs em xeque uma série de conflitos que ultrapassam a seara jurídica e desembocam no seio familiar.

Em meio ao suscitado, verifica-se que a melhor opção a ser adotada seria aquela que, mesmo não tendo o condão de sanar todas as diferenças, fosse a que mais se aproximasse do ordenamento, atendendo não só às questões de ordem civil, mas que respeitasse, de forma sistemática, os preceitos constitucionais que permeiam o caso em estudo.

Nesse sentido, como pontua Mauro Antonini<sup>72</sup> que “(...) a melhor solução é considerar todos os filhos como exclusivos, estabelecendo-se, assim, critério de simples aplicação, que permite maior segurança jurídica e resguarda a igualdade de quinhões entre filhos comuns e exclusivos”.

---

<sup>72</sup> PELUSO, Cezar. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010. p. 2168.

A aplicação desta corrente, em consonância com doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira<sup>73</sup>, Giselda Hironaka<sup>74</sup>, Maria Helena Diniz<sup>75</sup>, Carlos Roberto Gonçalves<sup>76</sup>, Fábio Ulhoa Coelho<sup>77</sup>, entre outros, é a mais adequada ao assunto, pois resguarda os herdeiros descendentes sem realizar qualquer distinção entre eles, respeitando os preceitos civis e constitucionais para destinação do monte partilhável aos descendentes.

Além do respaldo doutrinário, é o que postula o Enunciado nº 527 da V Jornada de Direito Civil<sup>78</sup> fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça no mês de novembro de 2011: “Art. 1.832. Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso da filiação híbrida”.

Não se preservando a reserva em favor do cônjuge, o primado de proteção aos herdeiros descendentes, seja por afeto, continuação do nome ou qualquer motivo inerente à condição desta classe estaria garantida.

Ressalta-se que mesmo sem a reserva declarada, o cônjuge sobrevivente não ficaria desamparado, recebendo quinhão igual ao dos descendentes, sem falar no direito real de habitação que lhe é garantido, independentemente do regime de bens adotado, conforme já explicitado.

Por derradeiro, conclui-se que, agindo desse modo, atende-se ao direito constitucional à igualdade, consoante a ausência de distinção valorativa dos quinhões destinados aos descendentes como mesmo grau de parentesco, realizando-se uma partilha mais justa ao final do inventário.

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 106.

<sup>74</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 104.

<sup>75</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 25. ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151

<sup>76</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 120

<sup>77</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família; sucessões*. 3. ed. rev. e atual. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 277.

<sup>78</sup> BRASIL. Enunciado nº 527 da V Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 09 e 11 de novembro de 2011. CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva*. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 2046.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva*. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto nº 1839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <[www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html)>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

BRASIL. Enunciado nº 527 da V Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 09 e 11 de novembro de 2011. CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva*. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. CÉSPEDES, Livia; CURIA, Luiz Roberto; NICOLETTI, Juliana. *Vade Mecum Saraiva*. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família; sucessões. 3. ed. rev. e atual. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil – Questões controvertidas*. Vol. 3. São Paulo: Método, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 25. ed. vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1100.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12. ed. atual. de Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. In: HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil*. Coord. de Sávio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. v. XXI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. 7. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões*. 35. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

PELUSO, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. 4. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 19. ed. vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. vol. 7. São Paulo: Atlas, 2004.