

**REDE DE ENSINO DOCTUM
FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
NEUZA MOREIRA SOARES**

**DIREITO SUCESSÓRIO: FILIAÇÃO HÍBRIDA E A CONCORRÊNCIA COM O
CÔNJUGE SUPÉRSTITE**

**CARATINGA
2018**

NEUZA MOREIRA SOARES

**DIREITO SUCESSÓRIO: FILIAÇÃO HÍBRIDA E A CONCORRÊNCIA COM O
CÔNJUGE SUPÉRSTITE**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Caratinga,
Rede Doctum de Ensino, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.**

**Orientadora: Prof. Ms. Alessandra Dias
Baião Gomes.**

**CARATINGA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: Direito Sucessório: Filiação híbrida e a concorrência com o cônjuge supérstite, elaborado pelo aluno Neuza Moreira Soares Pires foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 10 de 07 2018



Prof. Alessandra Dias Balão



Prof. Jullana Ervilha Teixeira Pereira



Prof. Oscar Alexandre Teixeira Moreira

Aos meus saudosos pais, Lindolfo Soares de Carvalho e Doly Moreira Soares (*in memoriam*), que muito se orgulhariam por eu ter vencido mais este desafio e, especialmente, a essa altura da vida, optado por voltar aos bancos universitários, dedico este Trabalho de Conclusão de Curso.

Na conclusão de mais esta etapa, agradeço primeiro a Deus, pelo dom da vida, pela saúde e determinação.

Aos meus filhos, Juliana e Júlio, pela confiança a mim creditada, pelo carinho, apoio e incentivo, que foram fundamentais para que eu chegasse até aqui.

Aos meus preciosos netos, Daniel, Francisco e Carolina, pela compreensão de que nem sempre eu poderia estar presente, embora muito o quisesse.

Aos meus queridos irmãos, aos familiares e amigos, que sempre transmitiram energia positiva e palavras motivadoras, em especial minha prima Maria Luiza, que foi uma grande aliada nessa conquista.

Aos também colaboradores do desenvolvimento deste trabalho, professores Daniel de Araújo Ribeiro e Juliano Sepe Lima Costa, ambos orientadores da disciplina Monografia I e II, respectivamente, cujas orientações foram fundamentais para que esse trabalho alcançasse o objetivo desejado.

À minha orientadora, MS. Prof^a Alessandra Dias Baião Gomes, pelo indiscutível conhecimento e orientação a mim prestados, imprescindível para o bom desenvolvimento desta pesquisa.

Aos demais Professores, que dedicaram seu tempo e compartilharam experiências, para que nossa formação fosse também um aprendizado de vida.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos!

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas, se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.

Eduardo Juan Couture

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a viabilidade da reserva da quarta parte da herança ao cônjuge supérstite, considerando a existência de descendentes comuns e os descendentes exclusivos do autor da herança, caracterizando a filiação híbrida. Neste sentido, analisar-se-á as correntes que surgiram em virtude da omissão do novo diploma que, deixando de prever a solução para casos bastante comuns, como é o de concorrência do cônjuge sobrevivente com filhos de origem híbrida, deixa dúvida sobre o prevalecimento, nesse caso, da reserva da quarta parte dos bens a serem partilhados, o que deu origem a três correntes antagônicas, que neste trabalho serão devidamente analisadas. Tais considerações são necessárias em virtude de eventual prejuízo e consequente distinção dos herdeiros, possibilitando assim um pensar para a realização de uma partilha justa e igualitária aos mesmos.

Palavras-chave: Reserva da quarta parte – cônjuge supérstite – filiação híbrida – igualdade entre todos os filhos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	11
CAPÍTULO 1 – NOTAS GERAIS SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO.....	13
1.1. Direito Hereditário.....	13
1.2. Herança e seu fundamento.....	15
1.3. Espécies de sucessão	18
1.4. Capacidade para suceder.....	20
1.5. Modos de suceder.....	23
CAPÍTULO 2 – REGIMES DE BENS E A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE.....	26
2.1. Análise do artigo 1.829 do Código Civil/2002.....	26
2.2. Equiparação sucessória entre cônjuge e companheiro.....	32
CAPÍTULO 3 – RESERVA DA QUARTA PARTE EM CASO DE FILIAÇÃO HÍBRIDA.....	34
3.1. Análise do artigo 1.832 do Código Civil.....	35
3.2. Controvérsia acerca da reserva da quarta parte em caso de filiação híbrida.....	36
3.3. Estudo de decisão.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente monografia é o direito sucessório do cônjuge supérstite, como preconiza o artigo 1.832 do Código Civil.

A proposta é investigar sobre a reserva de um quarto mencionada no artigo supracitado, no caso de o cônjuge supérstite concorrer com descendentes de filiação híbrida, ou seja, filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança.

O objetivo de desenvolver tal tema deve-se ao fato de, socialmente, serem grandes as dúvidas a respeito do assunto, e, em contraponto, frequentes as situações de casais que estabelecem uniões trazendo consigo filhos de casamentos anteriores.

O interesse pelo tema surgiu a partir do entendimento de que a família ganha novo contexto, e, essa realidade exige novos textos legislativos que atendam à demanda da sociedade, pois família multiparental tem se tornado uma situação muito comum nos últimos tempos.

O ganho pessoal constitui-se na bagagem de conhecimentos jurisprudenciais que acompanharão ao longo da vida profissional.

Os ganhos científicos consistem em todo o trabalho que, para desenvolver, demandou pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais em abundância, para se chegar à resposta do tema proposto.

Para o desenvolvimento desse trabalho de monografia, a tese levantada foi a seguinte: conforme a segunda parte de art. 1.832, do Código Civil, que garante a reserva da quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente quando concorre com filhos comuns ao casal indaga-se se permanecerá a mesma determinação legal nos casos em que o cônjuge sobrevivente concorre com filhos híbridos, ou seja, com filhos comuns do casal e filhos exclusivos do *de cujus*.

Para este problema, a hipótese apresentada é a de que: haverá a reserva se a concorrência é de ascendente dos herdeiros, não importando se os demais são exclusivos, desde que haja um que seja herdeiro comum. A ideia é amparar o cônjuge sobrevivente, este é o espírito da lei.

Sustentando essa hipótese, apresenta-se o marco teórico os argumentos e fundamentos sustentados por Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

se a lei não exigiu que concorresse o cônjuge com a totalidade dos descendentes para ter o direito à reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, basta que um descendente seja comum para que a reserva exista, ainda que o falecido tenha deixado outros descendentes exclusivos. Ademais, essa posição privilegia o cônjuge com relação aos descendentes e atende ao objetivo do sistema de concorrência criado pelo Código Civil de 2002. Toda a mudança legislativa teve por escopo a proteção do cônjuge, ainda que em detrimento da participação dos descendentes na sucessão. A reserva da quarta parte vem de encontro com o objetivo do legislador: o amparo ao cônjuge sobrevivente.¹

Adotou-se como técnica de pesquisa o levantamento bibliográfico, pesquisando-se as doutrinas e artigos sobre o tema e legislações pertinentes.

Aplicou-se a metodologia teórico dogmática, interdisciplinar, correlacionando ramos do Direito, tais como: Sucessões, Família, Civil e Direito Constitucional.

Com o intuito de proporcionar maiores esclarecimentos a respeito, este trabalho encontra-se seccionado em três capítulos.

No primeiro capítulo abordaremos as Notas gerais sobre o direito sucessório, além do conceito de herança, momento em que se dá esse direito, a indivisibilidade desse direito até que se faça a partilha; a transferência de quota a terceiros; as formas de suceder; a capacidade e os modos como se procede a sucessão.

No segundo capítulo serão analisados os regimes de bens e a sucessão do cônjuge sobrevivente, fazendo uma leitura do art. 1.829 do Código Civil, que define a ordem da sucessão legítima e, em seguida, ampliando conhecimentos sobre a equiparação sucessória entre cônjuge e companheiro.

Já no Capítulo 3, reportar-se-á efetivamente ao tema proposto e, para tanto, será feita análise do art. 1.832 do Código Civil, em todas suas nuances, com o propósito de encontrar resposta à pergunta inicial: permanecerá a mesma proposta da segunda parte do art. 1832 do Código Civil, acerca da reserva de $\frac{1}{4}$ se o cônjuge sobrevivente concorrer com filiação híbrida do *de cujus*?

No subitem 2 serão apresentadas as controvérsias referentes ao tema e, finalmente, no subitem 3 será apresentada jurisprudência que consiste em Agravo de Instrumento debatido no TJ/RJ, sanando essa divergência entre doutrinadores e operadores de direito, nos dando enfim, a resposta ao problema.

¹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: direito das sucessões. São Paulo: Método, 2013, vol. 6, p. 184.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta neste trabalho que é a indagação se permanecerá a mesma determinação legal do art. 1.832², que determina a reserva da quarta parte ao cônjuge sobrevivente nos casos em que concorre com descendentes de filiação híbrida, necessária se faz a apresentação de alguns conceitos essenciais para introduzir os conhecimentos necessários à compreensão do problema de pesquisa. São eles: reserva da quarta parte; filiação híbrida, cônjuge supérstite; igualdade entre todos os filhos.

Iniciaremos conceituando reserva da quarta parte segundo Flávio Tartuce: “a reserva da quarta parte se dá quando o cônjuge supérstite é ascendente dos descendentes com quem concorrer”³

Já Caio Mário da Silva Pereira, assim se manifesta a respeito da reserva:

Direito concedido ao cônjuge, caracterizado como herança necessária, insuscetível de ser afastado em testamento, recai sobre fração abstrata do patrimônio transmitido, e não sobre coisa singularizada.⁴

Visando estimular à leitura deste trabalho, passemos a conceituar filiação híbrida’, expressão esta bastante usada no decorrer dos capítulos. Para Cegalla, significa “a relação de parentesco entre pais e filhos, enquanto o termo híbrida indica misto ou misturado, daí a expressão filiação híbrida”.⁵

No entendimento de Flávio Tartuce, filiação híbrida se dá “quando o cônjuge concorre com descendentes comuns (de ambos) e com descendentes exclusivos do autor da herança”.⁶

² BRASIL. Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10406compilada.htm. Acesso em 16 junho de 2018, às 21:31h

³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 1528

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito das sucessões**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol.V, p. 123.

⁵ CEGALLA, Domingos Paschoal. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª ad. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6ª ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.1528.

Em continuidade às expressões notadamente mais utilizadas, passemos ao cônjuge supérstite: diz-se de cada uma das pessoas reciprocamente unidas pelo vínculo matrimonial, quando uma sobrevive à outra.⁷

Dando prosseguimento à conceituação dos termos mais usados no presente trabalho, analisar-se-á, por fim, à igualdade entre todos os filhos. Determina o art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 que, “ os filhos, havidos ou não, da relação de casamento ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”⁸

Em consonância com o dispositivo, aduz Carlos Roberto Gonçalves que,

os descendentes têm direitos iguais, não mais admitindo a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que imperava na legislação anterior. Na época do diploma de 1916, dada a variedade de consequências que essa classificação acarretava, mostrava-se relevante provar e estabelecer a legitimidade⁹

Na mesma linha de pensamento, conclui Flávio Tartuce:

em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange os filhos adotivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adúltero, filho incestuoso, filho espúrio ou filho bastardo. Apenas para fins didáticos, utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais.¹⁰

Diante do exposto, os conceitos apresentados constituem um conjunto de informações essenciais à compreensão deste trabalho e possibilitarão à fluente leitura dos capítulos que apresentaremos a seguir.

⁷ PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2014, p. 1348.

⁸ BRASIL, **Constituição da República, Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis?2002?L10406compilada.htm Acesso em 29 de abr 2018, às 14:45h.

⁹ BARBOSA, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, vol. 7, p. 166.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p.1.189.

CAPÍTULO 1 – NOTAS GERAIS SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO

Neste primeiro capítulo serão abordados diversos aspectos sobre o direito de suceder o patrimônio deixado pelo *de cujus*.

No primeiro subitem, analisar-se-á o conceito de herança sob o ponto de vista de vários doutrinadores e quando ela se dá. No segundo, o fundamento, de onde se originou, o porquê desse direito; no terceiro subitem teremos em estudo as espécies de sucessões, se por direito próprio (legal), se por testamento (disposição de última vontade). Veremos ainda no subitem 4 a legitimidade para suceder, destacando-se os nascituros, que é o ser já concebido, porém, não nascido. E ainda, os filhos nem concebidos, mas que possam vir a ter.

Por fim, no quinto e último subitem deste Capítulo, encerrando as noções básicas sobre o direito hereditário, temos os modos como se sucede: por cabeça ou direito próprio, se por transmissão ou por representação.

Costuma-se dizer que, por cabeça, é a regra. Não é muito comum em nossa cultura fazer testamento (transmissão). Representação é uma exceção à regra, e permitida apenas na linha colateral. Esta será vista no último subitem deste Capítulo.

1.1. Direito Hereditário

Deste subitem serão extraídos conhecimentos que norteiam o direito hereditário. O momento em que nasce o direito de herdar (desde que preencha determinados requisitos). É o que será visto na leitura deste item.

Direito das sucessões “é a parte do direito civil que disciplina a destinação de um patrimônio de uma pessoa física em virtude de seu falecimento”¹¹. “A existência da pessoa natural termina com sua morte, natural ou presumida¹²”, dispõe o art.6º, Código Civil. Se natural, verifica-se com a cessação das atividades cerebrais do indivíduo, devendo o fato ser atestado por profissionais da medicina. Já a morte presumida decorre da ausência,¹³ dos desaparecidos ou feitos prisioneiros de guerra

¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 933.

¹² BRASIL. Código Civil: Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15 de abr. 2018, 16:35h.

¹³ O sujeito desaparece do seu domicílio sem deixar notícia, representante ou procurador, caso em que o juiz nomeará curador para administrar-lhe os bens.

e dos desaparecidos em razão de participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988 (art. 7º do CC).¹⁴

Herança pressupõe morte, e, esta se prova pela inscrição em registro público da declaração de óbito (art. 9º, I, CC), ou da sentença que declarar a ausência ou a morte presumida (art. 9º, IV, CC). Mas, não basta a morte. A sucessão pressupõe ainda, como lembra Orlando Gomes,

a vocação hereditária que pode ter sido instituída pelo de cujus quando em vida (fonte imediata), de forma ampla ou restrita, conforme seu testamento tenha abarcado a totalidade ou apenas parte do seu patrimônio¹⁵.

Clóvis Beviláqua por sua vez, conceitua o direito de sucessões como “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”¹⁶.

Carlos Maximiliano define como “[...] conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte”¹⁷.

Há identidade de vínculo, pois a sucessão pressupõe a ‘não extinção da relação jurídica’, uma vez que o herdeiro assume os direitos e obrigações do antigo titular, convertendo-se no sujeito de qualquer relação jurídica que pertencia ao falecido.

Para Gagliano e Pamplona, “a morte, em princípio, não é considerada condição: o indivíduo nasce e tem a certeza de que um dia irá morrer, mesmo que não saiba quando (acontecimento *certus an* e *incertus quando*). Trata-se de um termo com data incerta”¹⁸.

Em resumo, somente no caso de morte real, aquela declarada à vista do corpo, ou nas situações de morte presumida constantes no art. 7º, é que as normas devem ser aplicadas, visto que, na hipótese de ausência incidirão regras próprias,

¹⁴ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em 17 abr 2018, 14:45h

¹⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12ª ed. ver. e atual., por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 9.

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. 4ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 44, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7, p. 20.

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7, p. 20.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1428.

lembrando sempre, que tais normas serão aplicadas a qualquer modalidade de sucessão, seja por lei, seja por testamento.

1.2. Herança e seu fundamento

A herança é um conjunto de bens formado com o falecimento do de cujus e, nesse momento, abre-se a sucessão e, automaticamente a transmissão da herança aos herdeiros, o chamado *droit de saisine*¹⁹ que é precisamente essa rápida transmissão dos bens, “sedimentando a ideia de que a posse e o domínio efetivamente transmitem-se naquele momento”²⁰.

Ainda que sejam vários os herdeiros, a herança é considerada no todo, ou seja, o direito dos coerdeiros é indivisível, como se constata no artigo 1.791 e parágrafo único: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”²¹, completado por seu parágrafo único: “Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio”.²²

O artigo supratranscrito e seu parágrafo único afirmam fundamentalmente que, nenhum herdeiro tem a propriedade ou a posse exclusiva sobre determinado bem, até o momento da partilha, que determinará o que cabe a cada um.

Herança não se confunde com acervo hereditário – que é a massa dos bens deixados pelo *de cujus* – porque pode compor-se apenas de dívidas. Também não é passível de divisão, que só será determinada na partilha, diz o artigo 2.023 do Código Civil como se segue: “fica o direito de cada um dos herdeiros circunscritos aos bens do seu quinhão”²³. É nesse momento que terão os herdeiros direitos sobre os bens correspondentes às suas respectivas cotas.

Por conseguinte, até que se faça a partilha, cada um dos herdeiros tem os mesmos direitos e deveres em relação ao todo, não cabendo a nenhum deles

¹⁹ **Princípio de saisine**, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança, segundo GONÇALVES, 12. ed. 2018, p. 38.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 18.

²¹ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 17 abr. 2018, 16:20h.

²² BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²³ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

direitos ou deveres sobre qualquer bem da herança, se consagrando aí o princípio da indivisibilidade, limitando a autonomia do coerdeiro, como aduz Gonçalves:

A indivisibilidade diz respeito ao domínio e à posse dos bens, podendo o herdeiro alienar ou ceder sua quota, ou seja, o seu direito à sucessão, exigindo para isso escritura pública e outorga do cônjuge, não lhe sendo permitido transferir a terceiros parte certa e determinada do acervo.²⁴

Como aponta Tartuce,

“ineficaz se torna a cessão pelo coerdeiro de seu direito hereditário a terceiros, por se tratar de um condomínio pro indiviso, até o momento da partilha entre os herdeiros, salvo se autorizado pelo juiz da sucessão do acervo hereditário”²⁵.

Segue a mesma linha de pensamento Carlos Roberto Gonçalves, ao aduzir que: “cada um dos coerdeiros tem os mesmos direitos e deveres em relação ao todo”²⁶, e nenhum direito e dever até que seja feita a partilha.

Consta no artigo 1.794, do Código Civil²⁷, que este não poderá ceder sua quota a terceiros, a pessoa estranha à sucessão, sem antes oferecê-la aos outros coerdeiros. Se coerdeiro for preterido em tal direito, poderá adquirir essa cota pelo valor que foi pago pelo estranho à sucessão, respaldado pelo direito de preferência a favor do coerdeiro condômino, conforme leciona Gonçalves:

O coerdeiro pretérito pode exercer o seu direito de preferência prelação pela ação de preempção, ajuizando-a no prazo decadencial de cento e oitenta dias, contados da data em que teve ciência da alienação, e na qual efetuará o depósito do preço pago, havendo para si a parte vendida ao terceiro.²⁸

Porém, afirma Sílvio Rodrigues que,

com o assentimento de todos os coerdeiros, um determinado bem, ou mesmo, todo o patrimônio poderá ser alienado e o valor recebido dividido

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Vol. 7. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 51.

²⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 1544.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7, p. 51.

²⁷ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7, p. 60.

entre os interessados, sub-rogando-se no lugar da coisa ou coisas vendidas, pelo princípio da sub-rogação real²⁹.

Prevê-se ainda, conforme o art. 1.792 do Código Civil³⁰ que, o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança, cabendo a ele – o herdeiro – provar o excesso, com um demonstrativo do valor dos bens herdados e o valor das dívidas. Estas serão sanadas apenas nos limites de suas quotas da partilha entre os herdeiros, salvo se autorizado pelo juiz da sucessão do acervo hereditário.

Em resumo, observa-se que, sendo a herança o conjunto de bens deixados pelo de cujus, esse fato ainda não garante que haverá o direito de herdar, porquanto o acervo pode ser menor do que as dívidas deixadas pelo *de cujus*. A “herança se devolve aos herdeiros, ela, automaticamente, passa do *de cujus* aos herdeiros, pelo princípio de *droit saisine*”.³¹

Observa-se também, que não se aliena bens herdados até que se faça o formal de partilha, quando fica determinado o quinhão de cada coerdeiro. Se um coerdeiro tem interesse em alienar sua quota, esta deverá ser oferecida primeiro aos outros coerdeiros, ou esta alienação não gerará efeitos jurídicos. Qualquer dos coerdeiros, ou mesmo o conjunto deles poderá reclamar o quinhão alienado no prazo de 180 (cento e oitenta dias) a contar da data em que teve conhecimento da alienação. No caso de um consenso entre os coerdeiros, parte do patrimônio ou sua totalidade poderá ser alienada, e, entre eles se distribuirá o valor na proporção das respectivas quotas.

Finalizando, tem-se que, o herdeiro não responderá por encargos superiores às forças da herança, mesmo porque, se houverem dívidas estas serão sanadas pelo patrimônio da herança, não atingindo o patrimônio do pretense herdeiro. No próximo subitem serão analisadas a sucessão legal – ou legítima – e a testamentária, que são as duas formas pelas quais se procede uma sucessão, facilitando assim a compreensão do direito de herdar.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25ª ed., de acordo com o novo Código Civil, atualizado por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 24.

³⁰ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

³¹ **Droit de saisine**, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança, segundo GONÇALVES, 12. ed. 2018, p. 38.

1.3 Espécies de sucessão

Existem duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária

Como aduz Gonçalves, “a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade”³².

Por isso se diz que a sucessão, considerando-se a sua fonte, pode ser legítima (ou *ab intestato*) e testamentária. Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária.

Costuma-se dizer que “a sucessão legítima representa a vontade presumida do de cujus de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento, se outra fosse a intenção.”³³

A esse respeito, Gagliano e Pamplona ponderam que “[...] sucessão testamentária é aquela em que a transmissibilidade da herança é disciplinada por um ato jurídico negocial, especial e solene, determinado testamento”³⁴. Observa-se nesse caso, a incidência do princípio da autonomia privada, na medida em que o testador tem a liberdade de escolher dentre os seus sucessores, aquele ou aqueles a quem vai beneficiar e, ainda, de determinar quanto de seu patrimônio será transferido após sua morte.

O testador estabelece herdeiros testamentários ao lhes atribuir uma porção fracionária ou percentual da herança, ou legatários, ao lhes atribuir bens certos e determinados do patrimônio. O “herdeiro é sucessor universal, quer provenha de ordem legal, quer provenha da vontade do testador. O legatário é sucessor singular, só virá a existir por meio do testamento”³⁵.

Sobre o tema, observa Washington de Barros Monteiro, que “[...] a sucessão testamentária tem sua liberdade de testar limitada pela lei se o testador tiver herdeiros necessários, quando só poderá dispor da metade de seus bens, uma vez que a outra metade constitui a legítima daqueles herdeiros”.³⁶

Por sua vez, prescreve o art. 1788 do Código Civil:

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Vol. 7. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 42.

³³ _____, Carlos Roberto. : **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Vol. 7. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 42.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1433.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: sucessões**. 18ª ed. São Paulo, Atlas, 2018, v. 6, p. 132.

³⁶ MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito Civil**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26.

Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar ou for julgado nulo.³⁷

Passemos então, à análise da sucessão legítima ou *ab intestato*, cuja espécie é a mais difundida. O legislador muito bem disciplinou a sucessão *ab intestato*, conforme dispõe Hironaka, “chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o de cujus elencaria, operando assim, como se fosse um ‘testamento tácito’ ou um ‘testamento presumido’³⁸. Por sucessão legítima, entenda-se aquela em que a transmissibilidade da herança é regradada não pelas normas do testamento, mas sim, pelas próprias leis, ou seja, são as regras do Código Civil que cuidam de disciplinar a ordem de chamamento dos sucessores, também denominada ordem de “vocação legal”.

Assim, se o autor da herança morre sem deixar testamento – ou sendo este inválido –   a própria lei que cuida de dispor a respeito da sucessão testamentária. O mesmo pode se dar se, existindo testamento, este não dispuser de todos os bens do falecido ³⁹. Será ainda, legítima ou *ab intestato* a sucessão se o testamento caducar⁴⁰ ou for julgado nulo, por uma causa superveniente – revoga o do testamento – ou se os bens não mais existirem.

Rompe-se o testamento também, quando sobrev m descendente que não o tinha quando testou, ou como bem cita o art. 1974 do Código Civil, “se o testamento foi feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários”.⁴¹

A título universal, transmite-se aos herdeiros a totalidade do patrimônio do *de cujus*; e, a título singular, recai sobre bens determinados, a que se d  o nome de legado.

Uma vez atendidas as no es básicas a respeito do que é uma herança legal e o que é uma herança testamentária, passaremos no próximo subitem ao estudo da

³⁷BRASIL. **Código Civil: Lei n  10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20, p.33-34.

³⁹ Se o testamento for considerado inválido, nulo ou anulável, ou ainda, se o testamento não abarcar todos os bens, no que toca à parte da herança não tratada em testamento, incidirão as regras da sucessão legal, ou legítima.

⁴⁰ Caducar,   ficar sem efeito ou sem valor, seja porque não usou o direito que se tinha, seja porque se renunciou a ele, seja porque se deixou de cumprir ato subsequente, que era de regra.

⁴¹BRASIL. **Código Civil: Lei n  10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

legitimidade para suceder, pois o fato de existir herança não significa que o possível herdeiro tenha acesso a ela.

1.4. Capacidade para suceder

A legitimidade passiva é a regra para invocar a titularidade da herança e a ilegitimidade, a exceção. Vigora o princípio de que todas as pessoas tem legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei.

A disposição genérica vem expressa no art. 1.798 do Código Civil: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.⁴²

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”⁴³, como afirma Cahali.

O princípio geral, de que são capazes de herdar as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, passa assim, como aduz Eduardo de Oliveira Leite, “a reger toda a matéria sucessória, acompanhado de perto pelo segundo princípio, ou seja, que a condição para herdar é a existência do herdeiro ao tempo da morte do *de cujus*”.⁴⁴

Segundo a definição de Silvio Rodrigues,

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.⁴⁵

Nesse sentido, César Fiuza também se manifesta:

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

⁴²BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. SÃO Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. Vol. 21. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p 99.

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25ª ed., de acordo com o novo Código Civil, atualizado por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7, p. 332.

curador, denominado curador ao ventre (normalmente a própria mãe será o curador), para zelar por seus interesses.⁴⁶

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. Assim, o quinhão a ele destinado voltará ao montante da herança onde será acrescido aos dos outros herdeiros, legítimos ou testamentários.

Ainda nesse sentido, Caio Mário, em consonância com Alberto Trabucchi, “[...] a declaração pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido – *nescitur ubi sit et na sit* –, pois ao contrário chamar-se-á outra pessoa que atenda a esses pressupostos”⁴⁷.

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.

O Código Civil abre um parêntese para proteger eventual prole de pessoas indicadas pelo testador, no art. 1.799, CC, quando dispõe que, “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas, ao abrir-se a sucessão”⁴⁸.

Não se trata aí de nascituro (*conceptus*), mas do *nondum conceptus*, ou seja, do indivíduo ainda nem concebido.

Acrescenta Giselda Hironaka:

Contemplar os ainda não concebidos representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte. Em qualquer das hipóteses há um único traço condutor do querer do testador: contemplar aqueles que venham a ser filhos das pessoas por ele nomeadas em testamento.⁴⁹

⁴⁶ FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1100.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, vol. 6, p. 25.

⁴⁸ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, v.20, p.93.

E, para que essa sucessão não fique indefinidamente à espera da concepção e nascimento do beneficiário, o § 4º do artigo 1.800 do Código Civil⁵⁰, fixa um prazo de espera de dois anos após a abertura da sucessão. Se neste prazo o herdeiro esperado não vem a ser concebido, os bens reservados voltam aos herdeiros legítimos, salvo disposição em contrário disposta pelo testador.

Encerrado o tópico que aponta os indivíduos que são chamados a herdar, verificar-se-á no próximo subitem os modos como se pode suceder ao *de cujus*, se por direito próprio, por transmissão testamentária, ou ainda, por representação.

1.5. Modos de suceder

Atendendo a certas peculiaridades, a sucessão se faz por cabeça (direito próprio), por direito de transmissão ou de representação.

A herança por direito próprio (*iure proprio*) é a modalidade mais comum da sucessão legítima. A herança é deferida a cada um, individualmente ou por cabeça – *in capita*. O chamamento dos sucessores é realizado por classes, sendo que a mais próxima exclui a mais remota. Por isso se diz “ordem preferencial”, e se encontra nos artigos 1.833, 1.836 § 1º e 1.840, do CC⁵¹.

Herda-se por direito próprio quando a herança é deferida ao herdeiro mais próximo, seja em virtude de seu parentesco com o de cujus, seja por força de sua condição de cônjuge ou companheiro. Herda-se por transmissão, quando por testamento, que é entendido como a disposição da última vontade do testador, e, herda-se por representação, quando se toma o lugar do herdeiro pré-morto.(g.n)

Assim, se o de cujus deixa descendente, sucedem-no estes, por direito próprio. Se, no entanto, um dos filhos já é falecido, o seu lugar é ocupado pelos filhos que porventura tenha, que herdaram por representação ou estirpe.

Para Orlando Gomes,

Sucedem-se por direito de representação quando, no momento da abertura da sucessão, falta quem devia suceder, por designação legal, e não sucedeu por impossibilidade física ou jurídica. Ocorre, nesse caso, uma só transmissão, sucedendo em substituição os parentes indicados na lei.⁵²

⁵⁰ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁵¹ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁵² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12ª ed. ver. e atual., por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45-46.

“O direito de representação se dá na linha reta descendente, mas nunca na ascendente”⁵³, dispõe o art. 1.852 do Código Civil. A finalidade é mitigar o rigor da regra de que o grau mais próximo exclui o mais remoto, mantendo o equilíbrio entre pessoas sucessíveis da mesma classe pela substituição, por sua estirpe, da que faltar.

Em sintonia o nosso Código Civil de 2002 prescreve no art. 1.851 que: “Dá-se o direito de representação quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivo fosse”.⁵⁴

Para que ocorra a representação, necessário se torna que o representado tenha falecido antes do representante, como se verifica nas afirmações de Diniz:

Isso é assim porque a representação só opera em caso de óbito do representado, visto que não se pode representar pessoa viva [...]. É possível, ainda, a representação sucessória do ausente, porque a ausência traz em si presunção de morte, para efeitos hereditários”.

Admite-se também a representação quando ocorre a comoriência⁵⁵, visto não poder se verificar qual dos dois sobreviveu ao outro. O mesmo não se verifica em relação ao renunciante, que se considera como se nunca tivesse sido herdeiro, não podendo por isso ser substituído pelo seu descendente (art. 1.811, CC), sendo esta a sua letra:

Ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante. Se, porém, ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem à herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça.⁵⁶

O direito de representação, como já foi dito, só se verifica na linha reta descendente, nunca o será na ascendente. Ocorrerá na linha colateral, em favor dos filhos de irmãos falecidos (sobrinhos), quando concorrerem com irmão do de cujus.

Herdar por estirpe é o mesmo que herdar por direito de representação. Exemplificando, para tornar mais clara a ideia desse modo de suceder: se alguém

⁵³ BRASIL, **Código Civil: Lei 10406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 7:45h

⁵⁴ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018, 8:30h

⁵⁵ Morte simultânea de duas ou mais pessoas.

⁵⁶ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018, 8:55h.

morre deixando dois filhos, estes herdam por cabeça, ou seja, a herança se divide em duas partes. Mas, se deixar um filho e dois netos de outro filho pré-morto, a herança se divide em duas partes, cabendo uma à estirpe do filho vivo e a outra, à estirpe do filho morto. Esse quinhão será dividido pelos dois netos, que representam o ascendente morto.⁵⁷.

O direito de representação na linha colateral ocorrerá em favor de filhos de irmãos do falecido (sobrinhos) quando com irmão deste concorrerem (art. 1.853, CC)⁵⁸, porém, não haverá direito de representação se *de cujus* tinha como único herdeiro um primo-irmão. Só este recolhe a herança, embora tenha tido outro primo-irmão, pré-morto, e que tenha deixado filhos. Somente o primo sobrevivente herdará, uma vez que este representa a última classe a ser chamada à herança.⁵⁹.

Vale ressaltar que o Código Civil de 1916 não admitia qualquer espécie de concorrência entre as classes. Aos poucos, porém o legislador foi admitindo exceções a essa ordem, culminando com a promulgação do Código Civil de 2002, que “possibilitou o entrelaçamento das classes ao estabelecer a concorrência dos cônjuges ou companheiros supérstites, sem com isso prejudicar a ordem de vocação hereditária aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro”.⁶⁰

Nesse sentido, Mazeaud et Mazeaud, citado por Caio Mário prelecionam que, “pelo direito de representação corrige-se a injustiça da rigorosa aplicação do princípio que exclui os mais remotos em favor dos mais próximos, no caso da pré-morte de um descendente, ou de um irmão”.⁶¹

Resta salientar que, “a representação é restrita à sucessão legítima, não se aplica à testamentária, admitindo-se porém, a substituição desta última, desde que estipulada pelo testador.

Por fim, observa-se que, o objetivo do direito de representação é manter o equilíbrio entre herdeiros da mesma classe, substituindo aquele que faltar, por sua estirpe.

⁵⁷ SILVIO RODRIGUES. **Direito Civil**. 25. ed Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

⁵⁸ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 17 de abr. 2018, 9:30h.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro: direito das sucessões**. v.7. 12.ed .São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 223.

⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20.

⁶¹ MAZEAUD et MAZEAUD, cit. por Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições Direito Civil: direito das sucessões**.v.VI, 19. ed ver. E atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira, 2012, p.79).

Encerrando este capítulo onde se desenvolveu as noções básicas ao direito hereditário, adentraremos nos regimes de bens adotados no casamento, ressaltando ser este um quesito essencial à questão de direito de herdar, ou não.

CAPÍTULO 2 - REGIMES DE BENS E A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Neste capítulo trataremos sobre os regimes de bens e a sucessão do cônjuge com a finalidade de construir um caminho de análise para o tema central desta pesquisa que é a divisão patrimonial causa mortis do cônjuge sobrevivente em concorrência com filhos híbridos. Neste sentido, será abordado no subitem 1 os diversos regimes de bens adotados no casamento, a saber: comunhão parcial de bens; separação obrigatória; separação convencional e participação final nos aquestos.

Para melhor entendimento desses regimes, necessário se faz compreender a expressão 'bens particulares, pois será amplamente usada neste contexto. Reputam-se particulares os bens que cada cônjuge já possui ao casar. Também os que lhes sobrevierem por doação ou sucessão, como também as dívidas anteriores ao casamento. Também se falará de meação, esta também depende do regime adotado no casamento. A meação se dá também em vida, como no caso de uma separação. Assim sendo, em caso de uma concorrência com descendentes, o cônjuge supérstite tem direito à meação e também à herança do de cujus.

Em seguida, analisar-se-á no subitem 2 a equiparação sucessória entre o companheiro e o cônjuge, vez que, por força do artigo 1.829⁶², "ambos usufruem dos mesmos benefícios em termos de sucessão", equiparados que foram à condição de herdeiros necessários como será visto logo adiante.

2.1. Análise do artigo 1.829 do Código Civil/2002

A inovação que o Código Civil/02 trouxe em seu bojo foi o reconhecimento do cônjuge como herdeiro necessário, e, como tal, passa a concorrer com os descendentes na herança do de cujus.

Assim, na primeira classe estão os descendentes, na segunda, os ascendentes e, na terceira, o cônjuge, isoladamente. Por fim, na quarta classe, os colaterais, que herdarão na falta destes, até o quarto grau.

⁶² BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em 19de abr.2018, 8:20h

Observa-se que, na concorrência com os descendentes, depende do regime adotado no casamento, porém, ao concorrer com os ascendentes, independe desse mesmo regime, conforme Enunciado nº 609, aprovado na VII Jornada de Direito Civil, em 2015, quando ficou aprovado que “o regime de bens no casamento somente interfere na concorrência sucessória do cônjuge com descendentes do falecido”.⁶³

Isso posto, passemos à análise do artigo 1.829, do Código Civil:

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.⁶⁴

Algumas observações pontuais devem ser feitas para melhor elucidar o dispositivo que trata da sucessão legítima, totalmente baseado no regime de bens adotado no casamento.

A esse respeito, Eduardo de Oliveira Leite assim se posiciona:

Na comunhão parcial de bens, o legislador cria duas hipóteses de incidência da regra de concorrência. Primeiro (regra geral), o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes, porque já meeiro, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Segunda hipótese, se o autor da herança houver deixado bens particulares, a contrario sensu, da regra geral, conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes.⁶⁵

O objetivo do legislador foi separar a meação da herança. Assim, quando o cônjuge é meeiro, não é herdeiro; quando é herdeiro, não é meeiro.

No mesmo sentido posiciona-se Euclides de Oliveira:

Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob regime de comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito

⁶³ **ENUNCIADO 609.** Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciao/845>>. Acesso em 28 de maio 2018, 9:50h

⁶⁴BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 19 de abr. 2018, 14:20h.,

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentário ao novo Código Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 21, p. 219.

sucessório concorrente, da mesma forma que se dá no regime da separação convencional de bens.⁶⁶

Da sua leitura, conclui-se o seguinte: falecido o autor da herança, esta será deferida à sua primeira classe sucessória, respeitando a regra segundo a qual o 'parente mais próximo exclui o mais remoto'. Porém, não assim de maneira tão simples se fará o chamamento, como o era no Código Civil de 2002. É preciso verificar se haverá essa concorrência (art. 1.829, inciso I), pois, de acordo com este dispositivo não haverá concorrência se o regime de bens adotado foi de:

- a) comunhão universal;
- b) separação obrigatória;
- c) comunhão parcial se o autor não deixou bens particulares.

Em regra, não há concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cuius*, se o regime de bens no casamento era o universal, o cônjuge já estaria garantido pela meação.

Afasta-se também a concorrência se o regime era de separação obrigatória, (maiores de 70 ou os dependentes de suprimento judicial), elencados no art. 1.641 Código Civil⁶⁷. Essa separação é "total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam"⁶⁸.

Por outro lado, haverá sim, direito de concorrência se o regime de bens adotado foi de:

- a) participação final nos aquestos;
- b) separação convencional, ou
- c) comunhão parcial, se o autor da herança deixou bens particulares⁶⁹.

Ressalte-se que, o cônjuge casado em regime de comunhão parcial de bens, só concorrerá se houver bens particulares, vez que, os comuns serão partilhados entre os descendentes. A norma legal proíbe que o cônjuge sobrevivente, que fora casado sob o regime de comunhão parcial de bens, concorra com os descendentes na herança, caso o falecido não tenha deixado bens particulares. Em outras

⁶⁶ OLIVEIRA, Euclides. **Direito de Herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

⁶⁷ BRASIL, **Código Civil: Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>/. Acesso em 25 de maio 2018, 17:25h.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 7, p. 171.

⁶⁹ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29, p. 207.

palavras, sem prejuízo de seu direito próprio de meação o cônjuge supérstite terá direito concorrencial, quando o regime adotado tiver sido o da comunhão parcial de bens.⁷⁰

Como observa Giselda Hironaka:

O primeiro destes pressupostos exigidos pela lei é o regime matrimonial de bens. [...] assim, não será chamado a herdar o cônjuge sobrevivente se casado com o falecido regime da comunhão universal de bens ou pelo regime da separação obrigatória de bens. Por fim, aqueles casais que, tendo silenciado quando do momento da celebração do casamento, optaram de forma implícita pelo regime da comunhão parcial de bens, fazem jus à meação dos bens comuns da família, como se de comunhão universal se tratasse, mas passam agora a participar da sucessão do cônjuge falecido, na porção dos bens particulares deste.⁷¹

Nesse sentido, define Caio Mário da Silva Pereira:

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.⁷²

Observe-se que, no regime da comunhão parcial de bens, a concorrência sucessória somente se refere aos bens particulares, sendo os bens comuns partilhados somente entre os descendentes, como insta:

O artigo 1.829, inciso I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.⁷³

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 7, p. 176-177.

⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro**: disposições gerais e sucessão legítima. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/4093>>. Acesso em 17 abril 2018.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 20. ed. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 222.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 7. p. 177.

A primeira corrente deriva desse Enunciado, sendo também esse o entendimento de vários doutrinadores, entre eles, Eduardo de Oliveira Leite, Giselda Hironaka, Mário Delgado, Rolf Madaleno, Zeno Veloso, além do presente autor⁷⁴.

Cite-se que também assim entendem os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, conforme consta de sua obra lançada no ano de 2014, com os seguintes dizeres:

de acordo com a lógica de raciocínio, a teor do critério escolhido pelo legislador – no sentido de que o cônjuge sobrevivente (que fora casado em regime de comunhão parcial) somente terá direito concorrencial quando o falecido houver deixado bens particulares –, é forçoso concluir que tal direito incidirá apenas sobre essa parcela de bens.⁷⁵

Isto significa que, se o de cujus deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente terá direito a recorrer à herança, além da meação. Se não os deixou, o supérstite ainda tem o amparo da meação dos bens adquiridos na constância do casamento. Mas, a matéria não é pacífica, como manifesta Zeno Veloso⁷⁶, citado por Maria Helena Diniz,

[...] adverte que se trata de uma questão polêmica, e anuncia que na concorrência com descendente, se o regime de bens foi o da comunhão parcial, não se devem considerar apenas os bens particulares do falecido, mas todo o acervo hereditário, 'porque a lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do de cujus e para atender ao princípio da operabilidade, tornando mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro'. Além disso, acrescenta, 'a herança é indivisível, deferindo-se como um todo unitário ainda que vários sejam os herdeiros'. (art. 1.791 parágrafo único, Código Civil).⁷⁷

A partir desse entendimento forma-se uma segunda corrente. Esta, defende a concorrência do cônjuge envolvendo os bens particulares e os comuns, em virtude do princípio da indivisibilidade da herança, segundo levantamento feito por Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁷⁸.

A esse respeito, aduz Eduardo de Oliveira Leite:

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1.521

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. P. 212.

⁷⁶ VELOSO, Zeno. 2010, apud Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 1512.

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 122.

⁷⁸ Levantamento disponível na **Revista dos Tribunais**, 2007, n. 9.4, p. 189.

Na comunhão parcial de bens, o legislador cria duas hipóteses de incidência da regra de concorrência. Primeiro (regra geral), o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes, porque já meeiro, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Segunda hipótese, se o autor da herança houver deixado bens particulares, a contrário sensu, da regra geral, conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes.⁷⁹

Nesta última hipótese, será herdeiro, ainda que exista meação. E conclui o autor:

ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens), o legislador só abriu possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente tomará sua massa de bens particulares.⁸⁰

No mesmo sentido posiciona-se Maria Helena Diniz,

Meação não é herança, pois os bens comuns são divididos, visto que a porção já lhes pertencia. Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, se casado sob regime de comunhão parcial, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário.⁸¹

Donde se conclui que, analisando por essa linha, o cônjuge supérstite concorrerá a todo o acervo hereditário, vez que foi consagrado herdeiro necessário, não fazendo o menor sentido afastá-lo da legítima, além da meação a que faz jus.

Formou-se ainda, uma terceira corrente, encabeçada por Maria Berenice Dias, entendendo que “a concorrência somente se refere aos bens comuns, se o falecido não deixou bens particulares”⁸²

Destaque-se que o STJ chegou a mencionar uma quarta corrente, um acórdão onde se aplica o entendimento de Maria Berenice Dias para a união estável:

“[...] preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns,

⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Sálvio Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI, p. 219.

⁸⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Código Civil**. Coordenação de Sálvio Figueiredo Teixeira. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. XXI, p. 219.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 6, p. 146.

⁸² DIAS, Maria Berenice. **Ponto Final**. Disponível em <http://mariaberenice.com.br/site/conten.php?/cont_id=108&isPopUp=true>. Acesso em 24 de abril de 2018, 20:44h.

mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes.⁸³

Seguindo este caminho, percebe-se a controvérsia: definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido sob o regime de comunhão de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares. O cônjuge já foi contemplado com a meação dos bens comuns. Considerando que, no regime de comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio, porque o deveria ser na morte? Isso estaria infringindo o combinado entre os nubentes no pacto antenupcial.

Entretanto, após detida ponderação, conclui-se que a interpretação limitativa do direito sucessório do cônjuge 'bens particulares', feito pelo legislador, foi de limitar o direito concorrencial do cônjuge. Em outras palavras, o cônjuge, presume-se, já está amparado pela meação e pelo direito de habitação no imóvel em que residia com o *de cuius*.

2.2. Equiparação sucessória entre cônjuge e companheiro

Um dos dispositivos mais criticados por vários doutrinadores foi o relativo à sucessão do companheiro, que somente teria direitos quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Para melhor compreensão do tema, reproduz-se o caput do art. 1.790 do Código Civil: "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável..."⁸⁴.

Deve-se observar que a norma não trata de meação, e sim, de herança. Desse modo, a companheira seria meeira e herdeira. Meeira, pelo fato de terem adquirido bens na constância da união, e herdeira, por proteção legal do artigo supra mencionado, porém, restrito aos bens amealhados durante a união.

Diante disso, doutrinadores se manifestaram afirmando não ser constitucional esse dispositivo, destacando-se entre eles Giselda Hironaka e Zeno Veloso, como se verifica nas palavras de Hironaka:

⁸³ STJ, REsp. 1.117.563/SP, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2009, DJe 06.04.2010.

⁸⁴ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compiladaht.. Acesso em 17.04.2018, 17:36

o art. 1.790 do Código civil restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum.⁸⁵

Igualmente comenta Zeno Veloso que “a sucessão do companheiro assim colocada viola princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade, o da não discriminação”⁸⁶.

Essa decisão “repercutiu no Superior Tribunal de Justiça, cuja Terceira Turma no julgamento que tinha por objeto a distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, adotou que, nos dois casos aplica-se o art. 1.829 do CC. Civil.”⁸⁷

Sabe-se que o companheiro recebia tratamento diferenciado do cônjuge, no tocante à transferência da herança de bens deixados por pessoa falecida, por força do art. 1.790 do CC/02.⁸⁸

Feitas tais observações a respeito das diferenças até então havidas entre o tratamento do cônjuge e do companheiro, passaremos ao estudo do Capítulo 3, que é o cerne deste trabalho: verificar se haverá reserva da quarta parte ao cônjuge sobrevivente quando se trata de concorrência com filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança.

⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Morrer e suceder**. São Paulo: RT, 2011, p.420.

⁸⁶ VELOSO, Zeno. **Sucessão do cônjuge no novo Código Civil**: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 17. Abr/maio, 2003.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, vol. 7, p. 198.

⁸⁸ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CAPÍTULO 3 – RESERVA DA QUARTA PARTE EM CASO DE FILIAÇÃO HÍBRIDA

Com o escopo de proporcionar maior abrangência ao estudo proposto, relevante se torna analisar como aplicar a reserva da quarta parte ao cônjuge sobrevivente quando o mesmo concorre com filhos comuns e filhos exclusivos do *de cuius*, lacuna esta deixada pelo legislador, sendo esta a pergunta pertinente à questão.

A hipótese é que sim, haverá essa reserva de um quarto, não importando se os demais herdeiros são exclusivos, desde que haja um descendente comum. Essa hipótese é fundamentada por Flávio Tartuce e José Fernando Simão ao afirmarem que:

se a lei não exigiu que concorresse o cônjuge com a totalidade dos descendentes para ter o direito à reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, basta que um descendente seja comum para que a reserva exista, ainda que o falecido tenha deixado outros descendentes exclusivos. Ademais, essa posição privilegia o cônjuge com relação aos descendentes e atende ao objetivo do sistema de concorrência criado pelo Código Civil de 2002. Toda a mudança legislativa teve por escopo a proteção do cônjuge, ainda que em detrimento da participação dos descendentes na sucessão. A reserva da quarta parte vem de encontro com o objetivo do legislador: o amparo ao cônjuge sobrevivente.

É o que será visto neste Capítulo 3, para que se possa compreender sobre esta reserva. No subitem 1, será analisado o artigo 1.832 do Código Civil em todas suas nuances, ao concorrer com descendentes comuns; quando esses descendentes forem em número maior de três e quando concorrer com descendentes apenas do *de cuius*.

No subitem 2, serão analisadas as questões referentes à concorrência com descendentes de filiação híbrida, ou seja, filhos comuns e filhos apenas do *de cuius*. Uma vez mais vem à tona o que se propôs com este trabalho: investigar o procedimento adequado a esta situação não prevista pelo legislador. Serão analisadas as diversas correntes com todas as controvérsias geradas pelo referido artigo, que, ao final, terá a resposta para o cálculo do percentual sucessório do cônjuge no caso de filiação híbrida.

Para isto, comecemos pela análise do artigo 1.829 do Código Civil que trata do quinhão correspondente ao sobrevivente e descendentes, dependendo do regime de bens adotado no casamento.

3.1. Análise do artigo 1.832 do Código Civil

Neste subitem, tratar-se-á da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes comuns, ou, em caso diverso, a concorrência com descendentes apenas do *de cuius*, ou seja, descendentes exclusivos. Diante de cada fato, essa parcela do cônjuge pode aumentar, ou diminuir, observando que, legalmente não poderá ser inferior a $\frac{1}{4}$ da herança, se concorrer com descendentes comuns.

Passemos à leitura do texto legal:

Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I, CC/02) “caberá ao cônjuge quinhão igual aos do que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer⁸⁹.”

O cônjuge sobrevivente, dependendo do regime de bens do casamento, concorre com os descendentes, conforme já mencionado. Nessa hipótese, e se os descendentes forem comuns, ou seja, descendentes do *de cuius* e do sobrevivente, a quota do cônjuge supérstite não poderá ser inferior à quarta parte da herança, onde se constata a semelhança ao direito português.

Exemplificando, se o casal tinha três filhos e falece o marido, a herança será dividida em partes iguais, entre a viúva e os filhos, recebendo assim, cada um, 25% da herança. Porém, se o casal tinha apenas um filho, a herança será dividida entre os dois, cabendo a cada um, cinquenta por cento.

Na verdade, a questão de reservar a quarta parte ao cônjuge será relevante somente no caso de concorrência com mais de três filhos, pois, concorrendo com o máximo de três a citada reserva já lhe é garantida pela obriedade da situação concreta, não havendo maiores dificuldades.

⁸⁹ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: abr. 2018.

Por razões matemáticas, sinaliza Tartuce que “[...] a questão somente ganha relevo se houver mais de três descendentes do falecido, situação em que a reserva da quarta parte ficaria em xeque”⁹⁰

Todavia, se o falecido deixou quatro filhos ou mais, e, tendo de ser reservado um quarto da herança para o cônjuge sobrevivente, este receberá quinhão maior, repartindo-se os três quartos restantes entre os quatro ou mais filhos.

Entretanto, no caso do *de cujus* ter deixado filhos exclusivamente seus, como na hipótese de filhos de casamento anterior, o cônjuge sobrevivente não terá direito à quarta parte da herança, cabendo-lhe tão somente quinhão igual ao que couber a cada filho, não mais existindo nesse caso, a obrigação da reserva da quarta parte da herança, sendo esta a leitura de Carlos Roberto Gonçalves⁹¹.

Feitos tais esclarecimentos, vejamos no próximo subitem as controvérsias que surgirão quando se trata de filiação híbrida, ou seja, filhos comuns e filhos exclusivos do *de cujus* ao concorrer com o cônjuge sobrevivente, pois como visto anteriormente, os doutrinadores têm diferentes pontos de vista sobre essa questão.

3.2. Controvérsia acerca da reserva da quarta parte em caso de filiação híbrida

Neste item trataremos da lacuna legislativa quanto à reserva da quarta parte ao cônjuge sobrevivente no caso de filhos exclusivos do autor da herança e filhos comuns com o sobrevivente, objetivando um desenrolar mais adequado à realidade fática, onde o benefício ao cônjuge não acarrete prejuízo aos descendentes.

Preceitua o art.1.832 do Código Civil: “[...] 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”.⁹²

A lei faz distinção se essa concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido. Assim, por exemplo, se concorre com um filho comum, a herança será dividida ao meio; se concorre com dois filhos comuns, receberá um terço; se a concorrência é com três ou mais filhos comuns, sempre lhe será assegurada a quarta parte da herança. O quinhão do cônjuge sempre será

⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. v. único. 6. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1528.

⁹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**. v. 7. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2018, p. 178.

⁹² BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

computado, conforme o que couber por cabeça (art. 1.835)⁹³, ainda que concorram com netos, descendentes de filhos pré-mortos.

Entretanto, ao se tratar da possibilidade de concorrer com filhos comuns e filhos exclusivos do *de cujus* – a chamada filiação híbrida – o legislador deixou uma lacuna que tem causado as mais diversas conclusões no meio jurídico, quando se trata de descendentes de origens diversas. Assim, podemos anunciar uma parte da complexidade proposta por vários autores no tocante à concorrência do cônjuge com filhos seus e do *de cujus*.

Destacam-se três correntes fundamentais, uma prevalecendo de forma considerável sobre a outra.

Uma parcela preponderante da doutrina sustenta que não assiste ao cônjuge o direito ao benefício, se existirem, concomitantemente, descendentes comuns e unilaterais, tendo em vista que o Código Civil assegura ao cônjuge o direito a quota mínima somente quando for ascendente de todos os herdeiros descendentes do falecido. Entende-se, nessa hipótese, que o cônjuge supérstite teria direito única e exclusivamente a quinhão igual ao dos demais descendentes⁹⁴, se a filiação é híbrida.

Esse posicionamento prestigia os filhos em detrimento do cônjuge assim também entendendo Maria Berenice Dias, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Zeno Veloso, Flávio Tartuce⁹⁵ e outros.

Maria Helena Diniz entende que, se houver filhos comuns e filhos só do falecido, “diante da omissão legal, o cônjuge sobrevivente deveria receber quinhão igual aos dos filhos exclusivos, que herdaram por cabeça, não se aplicando a quota mínima de um quarto (1/4). Acatar-se-ia assim, além do princípio da isonomia, o da operabilidade (LICC, art. 5º)”⁹⁶. Desta forma, em caso de filiação híbrida, o cônjuge supérstite não faria jus à reserva de um quarto do monte-mor, herdando a quota em igualdade quantitativa com os descendentes híbridos.

⁹³ BRASIL. Código Civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em 20 de abril 2018, às 17:15h.

⁹⁴ VELOSO, Zeno. **Sucessão do cônjuge no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 17. abr/maio 2003, p. 176.

⁹⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6.ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1528.

⁹⁶ DINIZ, MARIA Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149-150.

Também essa premissa foi adotada na V Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2011, quando foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”⁹⁷.

O argumento é que, a regra como está redigida, tem caráter restritivo: “ao cônjuge somente é assegurada a quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com quem concorre”. Havendo outros herdeiros dos quais o cônjuge não é ascendente, as cotas são partilhadas por cabeça, observando o princípio da igualdade com relação às quotas de herança dos filhos.⁹⁸

Não concorda com essa corrente, Venosa, que assim se manifesta:

a ética do Código é assegurar-se sempre a quarta parte da herança ao sobrevivente, quando há filhos dos dois leitos como expusemos, pois o legislador não fez restrição a esse respeito e procurou proteger o cônjuge sobrevivente com essa quota mínima em qualquer situação”.⁹⁹

A segunda corrente defende a ideia de que, nos casos de filiação híbrida, todos os descendentes deveriam ser tratados como comuns, para fins de reserva da quarta parte da herança para o cônjuge sobrevivente.

Esta corrente é seguida por autores como Venosa¹⁰⁰ e Cahali¹⁰¹. Este último se posiciona pela “interpretação objetiva do texto”, de forma que:

[...]sendo a prole só do falecido, a participação é uma: mas, se o sobrevivente for ascendente dos herdeiros com que 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.¹⁰²

Todavia, esta solução representa um prejuízo considerável aos descendentes exclusivos do falecido, por não serem descendentes do cônjuge com quem

⁹⁷**Enunciado 527 da V Jornada de Direito Civil.** Disponível em <<http://www.cjf.br/enunciados/enunciado/527.htm>>

⁹⁸ Neste sentido, Zeno Veloso, **Sucessão do cônjuge no novo Código Civil**, p. 146; Euclides de Oliveira, **Direito de herança**, p. 121.

⁹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. v.7. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 131.

¹⁰⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 4.ed. v.7. São Paulo: Atlas, 2004, p.114.

¹⁰¹ CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 201.

¹⁰² CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 201.

concorrem, conseqüentemente não serão chamados a herdar na falta do cônjuge hoje sobrevivente. Critica essa corrente Carlos Roberto Gonçalves¹⁰³, aduzindo que, “ao recorrer a esse artifício, considerando todos filhos comuns ao casal, os filhos exclusivos ficariam prejudicados”.

Maria Helena Diniz também se manifesta, ressaltando 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”.¹⁰⁴

Outro entendimento doutrinário, propõe a divisão proporcional da herança igualmente entre os descendentes, de forma que a reserva recairia na fração correspondentes aos filhos que tenham por ascendente o cônjuge sobre isso leciona Carlos Roberto Gonçalves 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.¹⁰⁵

Porém, essa partilha diferenciada pela origem dos descendentes leva a valores distintos, e, como alerta Euclides de Oliveira, “essa variação leva a uma diferença de valores das quotas recebidas por uma categoria e outra, afrontando o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal, art. 227, § 6º”.¹⁰⁶

Assinala Giselda Hironaka, que, “essa composição matemática não garantiria a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos descendentes da mesma classe, e, nem seria razoável que fosse subtraída da parte destinada aos filhos comuns somente”.¹⁰⁷

Como aponta José Fernando Simão:

Se a lei não exigiu que concorresse o cônjuge com a totalidade dos descendentes para ter o direito à reserva de $\frac{1}{4}$ da herança, basta que um descendente seja comum para que a reserva exista, ainda que o falecido

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 120.

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 151.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 179.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Euclides, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7, p. 179.

¹⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 20, p. 228.

tenha deixado outros descendentes exclusivos. Ademais, essa posição privilegia o cônjuge com relação aos descendentes e atende ao objetivo do sistema de concorrência criado pelo Código Civil de 2002. Toda a mudança legislativa teve por escopo a proteção do cônjuge, ainda que em detrimento da participação dos descendentes na sucessão. A reserva da quarta parte vem de encontro com o objetivo do legislador: o amparo ao cônjuge sobrevivente.¹⁰⁸

Tal solução, todavia, representa prejuízo considerável aos descendentes exclusivos do de cujus, considerando que, por não serem descendentes do cônjuge com quem concorrem, são afastados de uma parte considerável da herança do seu genitor.

O princípio da igualdade de tratamento aos filhos, proveniente da Declaração Universal dos 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”.¹⁰⁹ Portanto, ao acatar a respectiva doutrina, seria respeitada a igualdade de cotas dos herdeiros do mesmo grau, e, principalmente, o preceito fundamental de tratamento isonômico da filiação, qualquer que seja sua procedência.

O objetivo é procurar uma solução justa, que, sem prejudicar os descendentes comuns e exclusivos, também não deixe ao desamparo o cônjuge sobrevivente.

3.3. Estudo de decisão

Verifica-se que, a alternativa que melhor atende à *mens legis* é a primeira, ao assegurar a quarta parte da reserva somente quando todos os descendentes forem comuns, beneficiando ao cônjuge sem prejuízo aos filhos, considerando que, futuramente, eles herdarão do cônjuge sobrevivente, ora beneficiado. Este é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves¹¹⁰.

Quanto ao art. 1.832, do Código Civil, dispendo que, “em concorrência com os descendentes 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

¹⁰⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Método, 2013, vol. 6, p. 184.

⁸⁹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, ART. 7. Disponível https://www.ohchr.org/EN/UDHR_translations/por.pdf. Acesso em 23 de maio de 2018, 16:38h.

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. v. 7. 12 ed. São Paulo, : Saraiva Educação, 2018, p. 180.

ascendente dos herdeiros com que concorrer”¹¹¹, deve-se considerar que, na concorrência com os descendentes só existirá o direito do cônjuge à reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes forem comuns; e que, nas hipóteses de filiação híbrida, o quinhão do cônjuge e dos filhos, quanto aos bens particulares do *de cuius*, deve ser rigorosamente igual, como observa Mário Luiz Delgado Régis¹¹².

Para melhor compreensão, registra-se uma decisão jurisprudencial a respeito de filiação híbrida do TJ/RJ. Trata-se de embargos de declaração em agravo de instrumento interposto pelo cônjuge concorrente com filhos comuns e exclusivos do *de cuius* como se segue: Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 0062236-95.2014_8.190000. Rel.: Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho.

SUCESÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO A UM DOS PLEITOS DA RECORRENTE. OMISSÃO VERIFICADA NO QUE TANGE À QUANTIFICAÇÃO DO QUINHÃO DA AGRAVANTE, CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HIPÓTESE DE SUCESSÃO ONDE O CÔNJUGE CONCORRE COM FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS DO DE CUJUS. FILIAÇÃO HÍBRIDA. COTA MÍNIMA DE 25% RESERVADA.¹¹³

Foi interposto embargos de declaração porque foi omitido ponto sobre o qual o juiz deveria se pronunciar; com agravo de instrumento porque se trata de decisão suscetível de causar dano à recorrente. A omissão ocorreu pelo fato de o juiz ter omitido na sentença sobre o quinhão que caberia ao cônjuge supérstite com filiação híbrida.

A quota mínima de 25% é reservada por lei quando se trata de filhos comuns, assunto tratado no item 3.2, conforme destaca o artigo: 1.832 do Código Civil: “[...] caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua parte ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”¹¹⁴. Já se sabe que a recorrente tem filhos híbridos, ou seja, filhos do *de cuius* de casamento anterior e filhos seus com este.

Ainda na análise da decisão,

¹¹¹ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹¹² RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente**. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29, abr/maio, p.208.

¹¹³ **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**. Disponível em <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162223423/agravo-de-instrumento>. Acesso em 25.05.2018, 22:00h.

¹¹⁴ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

DIVERSAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO QUE SE AFIGURA MAIS ADEQUADA COM A UTILIZAÇÃO DA TESE QUE DEFENDE A DIVISÃO PER CAPITA DA HERANÇA, JÁ QUE, SENDO 02 FILHOS COMUNS E 02 FILHOS EXCLUSIVOS, A REPARTIÇÃO DA HERANÇA EM 05 PARTES IGUAIS NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO IGUALITÁRIO DA PROLE.¹¹⁵

Conforme exposto no Capítulo 2 deste trabalho, item 2.1, são três as correntes doutrinárias a respeito da herança do cônjuge supérstite. O fator determinante da reserva de 25% baseia-se primeiro no regime de bens adotado na união matrimonial. Daí se extrai se o cônjuge é meeiro ou herdeiro, ou ambos. Do número de filhos, se comuns, unilaterais ou exclusivos, chega-se a outro denominador – a reserva ou não, dos 25%.

Em se tratando de hipótese de filiação híbrida, existem diversas correntes doutrinárias, sendo a primeira no sentido de que não é possível reservar o quinhão mínimo para o cônjuge sobrevivente em face dos filhos exclusivos do de cujus.

A Agravante somente teria direito ao quinhão mínimo de 25% do monte no caso de ser mãe de todos os filhos do *de cujus*, o que não se verifica, há apenas dois filhos comuns. No caso em análise, será utilizada a tese da corrente que defende a divisão por cabeça, ou *per capita*¹¹⁶, citada no Capítulo 3, item 3.2.

Entende-se que o cônjuge terá direito ao mesmo quinhão que os demais descendentes, não se aplicando a quota mínima de $\frac{1}{4}$ (um quarto), acatando-se assim, também, o princípio da isonomia¹¹⁷ – ou igualdade, garantindo dessa forma a igualdade de quinhões a todos os coerdeiros.

E TAMBÉM NÃO VULNERA O DIREITO DO CÔNJUGE À COTA MÍNIMA EM RELAÇÃO AOS FILHOS PRÓPRIOS. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA DECLARAR QUE O QUINHÃO DA AGRAVANTE E TODOS OS DEMAIS HERDEIROS É DE 20% DO TOTAL DO MONTE¹¹⁸

¹¹⁵ **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.** Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/0062236-95.2014_8/190000>. Acesso em 18 de maio 2018, 8:40h

¹¹⁶ Defensores da tese “*per capita*”: Zeno Veloso, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, entre outros.

¹¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 17ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁸ **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO** - AI 0062236-95.2014-8.190000. Disponível em <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/0062236-95.2014_8/190000>. Acesso em 18 de maio 2018, 10:00h.

Verifica-se assim, que o quinhão do cônjuge supérstite em concorrência com filiação híbrida, deverá ser rigorosamente igual.

Reitera-se, pois, a opinião sustentada, segundo a qual o chamamento de descendentes não comuns (filhos apenas do *de cuius*) afasta, em qualquer caso, o benefício da quota mínima, atribuído ao cônjuge supérstite pelo art. 1.832; em consequência, a partilha se fará por cabeça, aquinhoando-se, igualmente, o cônjuge e os descendentes (comuns e não comuns) chamados por direito próprio.¹¹⁹

Em referência ao art. 1.832 do Código Civil¹²⁰, conclui-se que, na concorrência com os descendentes só existirá o direito do cônjuge à reserva da quarta parte da herança quando todos os descendentes forem comuns; e que, nas hipóteses de filiação híbrida, o quinhão do cônjuge e dos filhos, quanto aos bens particulares do *de cuius*, deve ser rigorosamente igual, como observado na jurisprudência acima, sendo esta também a posição de vários doutrinadores, entre eles Caio Mário da Silva Pereira e o jurista Zeno Veloso.

¹¹⁹ **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO** – AI 00622236-95.2014-8.190000. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/00622236-95.20148/190000>>. Acesso em 18 de maio, 14:30h.

¹²⁰ BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou pesquisar acerca da questão da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cuius* quando existe filiação híbrida, ou seja, filhos comuns e filhos exclusivos do *de cuius*. À esta indagação, levantou-se a hipótese de que, se a ideia é amparar o cônjuge sobrevivente, desde que haja um herdeiro comum, haveria concorrência do cônjuge sobrevivente, não importando se os demais fossem filhos exclusivos do autor da herança.

Esta hipótese foi questionada ao longo deste trabalho, sustentada pelos argumentos e fundamentos descritos no marco teórico de Flávio Tartuce e José Fernando Simão, apontando que “[...] se a lei não exigiu que concorresse o cônjuge com a totalidade dos descendentes para ter o direito à reserva de um quarto da herança, basta que um descendente seja comum para que a reserva exista [...]”¹²¹

Assim, no capítulo 1 tratamos sobre direito hereditário de forma ampla, trazendo o seu conceito, o momento em que ele surge, como ocorre a transmissão do *de cuius* para o sucessor. No subitem subsequente abordou-se as espécies de sucessão, legítima ou testamentária, as peculiaridades de cada espécie. Em seguida, já no subitem 4, verificou-se a legitimidade para suceder, destacando o direito do nascituro, ou seja, do indivíduo ainda nem conhecido. E, finalmente, no subitem 5, apontou-se os modos de suceder, que se dá por direito próprio ou por representação, e, neste último caso, salienta-se a exceção à regra que diz que a representação só se dá na linha reta, quando a concorrência se dá com descendentes de irmãos premorto, verificando-se assim, concorrência na linha colateral.

No capítulo 2 buscamos trazer os regimes de bens e a sucessão do cônjuge sobrevivente. Percebe-se que o legislador usou o regime de bens como critério para chamar ou não, o cônjuge, quando em concorrência com os descendentes. Daí a relevância do subitem 1, que analisou o art. 1.829 do Código, que defere qual regime de bens adotado no casamento estará de acordo para se proceder à concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do *de cuius*¹²². Isso posto,

¹²¹ TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. **Direito das Sucessões**. 6ª ed. São Paulo. 2013, p. 184.

¹²² BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 23 de maio 2018, 20:00h.

passamos ao subitem 2.2, onde se verificou a equiparação sucessória entre cônjuge e companheiro e o reconhecimento de ambos como herdeiro necessário.

Por fim, no capítulo 3 enfrentamos a temática que compõe o problema: garante-se ao cônjuge sobrevivente a mesma determinação legal quando com concorrência com filhos híbridos?.

Verifica-se não existir previsão legal para regulamentar a situação de concorrência sucessória do cônjuge (e companheiro) com descendentes híbridos¹²³. Cada uma das correntes apresentadas possui argumentos plausíveis, todavia, a primeira vislumbra-se como a mais adequada, concedendo a reserva mínima da quarta parte apenas quando a totalidade dos descendentes forem comuns, o que significa que, concorrendo com descendentes híbridos o cônjuge não terá direito à reserva da quarta parte (não se aplicando a última parte do art. 1832) do Código Civil, e, o companheiro herdaria uma quota correspondentes aos descendentes mencionados (incidindo o art. 1.790, inciso I do Código Civil), observando-se o preceito do § 6º do art. 227 da Constituição Federal da República, exaltando o princípio da não distinção dos direitos de filiação: “§ 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”.¹²⁴

Também essa premissa foi adotada na V Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2011, quando foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário: “Na concorrência entre cônjuge e os herdeiros do de cujus, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”.¹²⁵

Dividir os descendentes em comuns e exclusivos parece ferir princípios constitucionais, igualmente o sendo a distribuição de quinhões distintos.

Destarte, atribuir a todos os descendentes quota hereditária idêntica é a situação que mais combina com o Direito Brasileiro vigente, o que implica, conseqüentemente, à não aplicação da reserva de um quarto de quinhão ao cônjuge ou companheiro, quando em concorrência com os descendentes de filiação híbrida.

¹²³ Descendentes híbridos - presença simultânea de descendentes unilaterais do de cujus e descendentes comuns deste com o cônjuge sobrevivente.

¹²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 17ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹²⁵ **Enunciado da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/527.htm>>

Concluindo, o mais adequado mesmo seria que o legislador revisse essa lei a fim de estruturar preceitos que cobrissem todas as hipóteses – em especial as de concorrência do cônjuge supérstite descendentes de filiação híbrida – evitando interpretações errôneas, desconsiderando tudo aquilo que a princípio o norteou.

REFERÊNCIAS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AI 0062236-95.2014-8.190000-Rel.: Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**, 4.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1945, p. 44, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7.

BRASIL. **Código Civil: Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. 17ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 25ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011, vol. 6.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 5.

ENUNCIADO DA V JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/527.htm>.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 7.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. **Sucessões**. 12ª ed. ver. e atual. por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 7.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, vol. 7.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito das sucessões brasileiro**: disposições gerais e sucessão legítima. Disponível em: <<https://jus.com.br/revista/texto/4093>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 21.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7.

MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito Civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Euclides, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, vol. 7.

_____, Euclides. **Direito de Herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo, Saraiva, 2005.

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

RADBRUCH, **Filosofia do direito**, trad. Cabral de Moncada, Coimbra, Armênio Amado Ed., 1961, vol. 2, p. 74.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Artigo: Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Revista Brasileira de Direito de Família, nº 29 abr/maio.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 25ª ed., de acordo com o novo Código Civil, atualizado por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 7.

SHREIBERN, Anderson. **Manual de Direito Civil: Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.93.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, Método, 2016.

_____, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito das Sucessões**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2013, vol.6.

VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, apud GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Sucessão do cônjuge no novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/BDFAM, v. 17. Abr./mai., 2003.

_____, Zeno. **Novo Código Civil comentado**. Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002, p.1596.

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

_____. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, vol. 7.

_____. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, vol. 6.