

SUCESSÃO DO CÔNJUGE: CONCORRÊNCIA COM OS FILHOS HÍBRIDOS

RICARDO ALVES DE LIMA

Professor Titular da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Membro da Academia Pousoalense de Letras. Advogado.

LAURA CARVALHO DE ALMEIDA ROSSI

Resumo: O presente artigo pretende examinar o Direito Sucessório, especificamente no tema da concorrência do cônjuge com os filhos híbridos, analisando os aspectos históricos e normativos que regem o Direito das Sucessões no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro, a fim de compreender as teorias doutrinárias acerca do tema e a posição dos tribunais superiores.

Palavras-chaves: Direito das Sucessões, ordem de vocação hereditária, concorrência do cônjuge, filiação híbrida.

Abstract: The present Search intends to examine the Succession Law, specifically on the theme of competition between the spouse and hybrid children, analyzing the historical and normative aspects that govern Succession Law in the current Brazilian Legal System, in order to understand the doctrinal theories on the subject and the position of the higher courts.

Keywords: Suceccion Law, order of hereditary vocation, spouse competition, hybrid children

Introdução

O presente artigo se propõe a analisar as teorias doutrinárias e a jurisprudência acerca da concorrência do cônjuge sobrevivente com filhos híbridos, haja vista a falta de

regulamentação normativa acerca do tema. Frente a tal lacuna, teorias doutrinárias debruçam-se numa tentativa de solucionar este problema.

Para melhor compreensão do tema, faremos uma análise de todo o Direito Sucessório, partindo de sua evolução histórica: estudaremos sobre o surgimento da família e da propriedade privada, bem como sua evolução na sociedade, as justificativas e as premissas do Direito Sucessório durante os séculos e como este ramo do Direito iniciou-se e desenvolveu-se no Brasil.

Posteriormente, o artigo tratará de conceitos primordiais para o entendimento da matéria, correlatos ao Direito de Família, tendo em vista sua íntima ligação com o Direito Sucessório. Neste ponto, faz-se necessário pormenorizar os conceitos de casamento, regime de bens e uma análise da ordem de vocação hereditária proposta pelo Código Civil.

Feito este estudo, será possível finalmente compreender o ponto central deste texto: a sucessão do cônjuge sobrevivente em concorrência com filhos híbridos. Trata-se da hipótese em que o autor da herança deixa herdeiros descendentes que são filhos comuns entre ele e o cônjuge supérstite e, também, filhos exclusivos seus.

Para tanto, será feita uma análise dos artigos 1.790 e 1.832 para compreender a problemática da ausência da norma regulamentadora da questão. Partiremos a pesquisar acerca das diversas teorias doutrinárias que buscam solucionar a lacuna e, finalmente, analisaremos jurisprudências para observar como os Tribunais vêm decidindo sobre a questão.

1. Panorama histórico

O Direito das Sucessões trata de sistematizar a transmissão da propriedade após a morte. Dessa forma, faz-se necessária a compreensão, primeiramente, da propriedade privada e da família.

A família surge ainda na pré-história, com configurações muito diferentes das que conhecemos hoje. Estudos mostram que, no início, vigorava-se a poligamia. Dessa forma, em uma tribo, conhecia-se apenas a figura da mãe, mas não do pai. A monogamia surge na história em proveito do poder paterno¹.

¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. Ed. 8. São Paulo. Atlas S.A., 2008. p. 17-18.

Essa família poligâmica, concentrada em uma tribo como sendo o grupo familiar, ao desenvolver a domesticação de animais e a criação de gado, logo deve ter avançado para a ideia de propriedade privada dessa nova riqueza, que pertencia à gens².

Os clãs, inicialmente, baseavam-se na ideia da coletividade. O indivíduo era parte do grupo e, como conceito de indivíduo, podemos compreender todos os seus bens, como a caça, os frutos colhidos, as armas, entre outros.

Por isso, entendia-se que os bens materiais não faziam parte do patrimônio do indivíduo, mas sim da sua linhagem. Além disso, o solo sob o qual o clã vivia pertencia à coletividade, sendo dividido de forma temporária entre as famílias³.

Nesse momento, é preciso observar que essa família se prosperava de forma matrilinear, ou seja, o filho pertencia à gens da mãe, descendia apenas da linhagem materna. Nessas sociedades a liderança da família era exercida pela mulher, especialmente pela mãe. Com isso, os filhos herdariam o patrimônio apenas de sua mãe, quando o patrimônio do pai seria passado aos irmãos desse⁴.

Com a sedentarização e o aumento de riqueza, o homem viu a necessidade de modificar este direito materno. Dessa forma, seria possível transferir sua propriedade aos seus filhos após a sua morte. Inicia-se, assim, a distinção entre as terras comuns e as terras familiares: as terras comuns eram os pastos e florestas, enquanto a terra familiar era aquela em que a família cultivava o seu próprio sustento.

Surge com isso a noção de propriedade familiar, depois individual do solo, e ao mesmo tempo a de sucessão imobiliária e de alienação de imóveis. É o começo da distinção cada vez maior entre ricos e pobres, já que a apropriação do solo leva a desigualdades sociais e econômicas. Motivos da desigualdade econômica: partilhas sucessórias, diferenças de fertilidade, acidentes meteorológicos, entusiasmo no trabalho etc⁵.

A esta mudança, Engels⁶ afirma ter sido “uma das revoluções mais profundas que a humanidade já conheceu”, ainda nos tempos pré-históricos. Surge a família patrilinear:

O que caracteriza essa família, acima de tudo, não é a poligamia, da qual logo falaremos, e sim a organização de certo número de indivíduos, livres e não livres, numa família submetida ao poder paterno de seu chefe. Na forma semítica, esse chefe de família vive em plena poligamia, os escravos têm uma mulher e filhos, e o

² ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Ed. 9. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira S.A., 1984. p. 13.

³ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. Ed. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 42.

⁴ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Ed. 9. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira S.A., 1984. p. 14.

⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. Ed. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 43.

⁶ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Ed. 9. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira S.A., 1984. p. 14.

objetivo da organização inteira é o de cuidar do gado numa determinada área. Os traços essenciais são a incorporação dos escravos e o domínio paterno; por isso a família romana é o tipo perfeito dessa fôrma de família.

A partir deste momento, observa-se que a propriedade não é mais um instituto comum da tribo, mas sim pertencente à família, submetida ao poder do chefe: o pai. Portanto, com estas novas características da família e da propriedade privada, fez-se necessário a criação de normas que determinassem como seria a sucessão da titularidade do patrimônio do falecido.

Assim, é possível percebermos que os conceitos de família e propriedade se tangenciam em todo o processo evolutivo, e com íntima relação com as crenças religiosas:

A família tomou posse da terra colocando nela os seus mortos, e fixando-se aí para sempre. O descendente vivo dessa família pode dizer legitimamente: esta terra é minha. E de tal modo lhe pertence que lhe é inseparável, e nem mesmo tem o direito de renunciar a sua posse. O solo onde se repousam os mortos converte-se em propriedade inalienável e imprescritível⁷.

Destaca-se, ainda, a figura dos filhos. À época, o filho não perdia o seu direito de herança do pai na hipótese de casamento, ao contrário da filha. Em algumas gens, a filha sequer possui algum direito hereditário. Isso se deve a incapacidade da filha em continuar a religião paterna, repercussão do casamento, que lhe fazia adotar o culto familiar do marido⁸.

No Brasil, tal processo evolutivo evidenciou-se posteriormente. Quando os portugueses chegaram ao Brasil no século XV encontraram uma população dispersa em várias tribos, em estágio evolutivo comparado ao período neolítico⁹. Desde então vigorou-se o Direito Português no país. Destaca-se que a positivação deste Direito se iniciou com as chamadas Ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, sucessivamente.

No Brasil, as Ordenações Filipinas vigoraram desde sua outorga em 1603 até a promulgação do primeiro Código Civil em 1916. Nela o cônjuge sobrevivente ocupava posição desfavorável na ordem hereditária, estando atrás dos descendentes, ascendentes e colaterais até o décimo grau¹⁰.

Neste sentido, o Título XCIV do Livro IV da referida Ordenação, dispõe¹¹:

Falecendo o homem casado ab intestato, e não tendo parente até o décimo grau contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher

⁷ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. De Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961. p. 70.

⁸ Ibidem, p.44.

⁹ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *História do direito*. Ed. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 130.

¹⁰ Informação disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em 04 de agosto 2020.

¹¹ Texto disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em 04 de agosto 2020.

viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau. E nestes casos não terão que fazer em tais bens os nossos Almoxarifes.

Desse modo, temos que a ordem de vocação hereditária no Brasil, durante séculos, fora descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, cônjuge e, por fim, o Fisco¹². Embora colocado em ponto desvantajoso, é notório observar a evolução desse texto, tento em vista que se dedicou, efetivamente, à sucessão do cônjuge supérstite. Esta posição só fora alterada em 1907 com a Lei Feliciano Pena, que estabeleceu¹³:

Artigo 1º. Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos colaterais até ao sexto grau por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, se o de cujus for domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se tiver o domicílio em território não incorporado a qualquer delas.

Posteriormente, com a Proclamação da República, fez-se necessário a elaboração de uma nova ordem jurídica civilista, que se adequasse ao momento político. Em 1916, a promulgação do primeiro Código Civil do país confirmou a posição do cônjuge dada pelo Decreto nº 1.839/1907. Assim, foi mantido em terceiro na ordem de vocação hereditária, de acordo com o artigo 1.603 deste diploma legal¹⁴. Dessa forma, o cônjuge supérstite só seria chamado à sucessão na hipótese de não haver, cumulativamente, nenhum integrante das classes anteriores.

Salienta-se que o cônjuge, mesmo neste novo Código, não fora arrolado como herdeiro necessário. Isto significa que na sucessão testamentária o autor da herança poderia

¹² A Fazenda Pública foi sempre incluída na ordem de vocação hereditária, mas tal inclusão era errônea, porque o Estado não é, propriamente, herdeiro; recebe os bens que se tornaram vagos justamente por não haver herdeiros. A doutrina é, neste sentido, praticamente pacífica. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. 2003, p. 215-216).

¹³ BRASIL. *Decreto nº 1.839 de 31 de dezembro de 1907*. Dispõe sobre o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro-RJ, 31 dez. 1907. Seção 1, p. 264. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em 04 de agosto 2020.

¹⁴ Código Civil, artigo 1.603: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes;

II – aos ascendentes;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais;

V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 04/08/2020.

afastá-lo, conforme o artigo 1.725¹⁵ deste Código. Desse modo, é possível percebermos a intenção do legislador em garantir maior proteção ao parentesco consanguíneo.

Na prática, era perceptível a instabilidade e insegurança jurídica que permeava as relações matrimoniais regidas pelo sistema sucessório do Código de 1916. Além disso, era claro que tal incerteza trazia maior desamparo à mulher, tendo em vista que, à época, o trabalho feminino era pouco valorizado e, na maioria das vezes, era realizado apenas no âmbito doméstico.

Finalmente, o atual Código Civil Brasileiro inova: situa o cônjuge como herdeiro necessário de terceira classe. E mais, assegura-lhe a concorrência com as classes anteriores: os descendentes e os ascendentes, como determina o artigo 1.829.

2. Conceitos preliminares

É óbvia a íntima ligação entre o Direito de Família e o Sucessório. Podemos conceituar o primeiro como ramo do Direito Privado pelo qual o Estado consegue proteger o instituto familiar, conferindo direitos e deveres aos sujeitos da relação. Didaticamente, podemos dividir o Direito de Família em duas esferas: a do direito pessoal e a do direito patrimonial.

No estudo do Direito das Sucessões nos depararemos diversas vezes com estes conceitos. À vista disso, é necessário compreendermos alguns conceitos para que seja possível, à frente, compreendermos melhor o tema do presente artigo.

Seguindo o estudo, partimos pelo instituto do casamento. Inúmeros doutrinadores de debruçaram a conceituar o instituto do casamento. Faz-se interessante observar alguns destes.

Segundo Clóvis Beviláqua, “o casamento é contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses”¹⁶.

Ainda neste mesmo sentido, Pontes de Miranda considera o casamento “contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexos diferentes e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência”¹⁷.

¹⁵ Art. 1.725. Para excluir da sucessão os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar.

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Campinas: Red Livros, 2001. p. 46.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. V. I a III. p. 93.

Destacamos também, o entendimento de Washinton de Barros Monteiro, que disserta ser o casamento “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”¹⁸.

Posto isso, partiremos para algumas considerações.

Percebe-se, inicialmente, a colocação do instituto como um contrato bilateral. Ou seja, o casamento é um acordo de vontades a ser realizado por aqueles que a lei considera capaz de constituir um casamento. Como aduzido pelos doutrinadores, trata-se de um ato solene, cuja forma está descrita em lei e deve ser seguida para que seja válido. Ressalte-se, ainda, que o Código Civil de 2002 não considera como requisito para o casamento a existência de prole ou relação sexual.

É importante colocar que no ano de 2011 o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o casamento homoafetivo, caindo por terra a definição de “homem e mulher” para o casamento. Destaca-se ainda, que o companheiro fora equiparado ao cônjuge para todos os efeitos sucessórios.

Feita essa análise e compreendido o conceito do instituto do casamento, passaremos a debater acerca dos regimes de bens do casamento, estudo de relevante destaque no direito sucessório. Neste ponto, analisaremos o conjunto de regras que regem as relações econômicas entre os cônjuges.

Observa-se a liberdade que tem os nubentes em estipular o regime de bens a ser adotado. A escolha deverá ser feita durante o processo de habilitação. Assim, poderá ser eleito um dos regimes previstos em lei, bem como combiná-los entre si, ou ainda, estabelecer um novo regime.

Frisa-se que o Princípio da Livre Estipulação possui exceção. O Código elenca, no artigo 1.641, situações em que obrigatoriamente será adotado o regime da separação de bens, a ser estudado adiante.

Neste estudo, faz-se necessário observar em quais bens o cônjuge sobrevivente participa como meeiro, tendo em vista o regime adotado. Para tanto, serão estudados quatro regimes de bens e suas consequências sucessórias.

Iniciaremos o estudo a partir do regime de comunhão parcial de bens. Este regime é chamado pela doutrina de “legal” ou “supletivo”. Isto porque, caso os nubentes não convençionem um regime ou caso seja nula a convenção, este será o regime adotado.

¹⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 2. 37 ed. atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 1960. p.12.

Neste regime, comunicam-se apenas os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento. Dessa forma, todos os bens que foram adquiridos em data anterior ao casamento não comunicam entre os cônjuges, bem como os bens adquiridos a título gratuito, mesmo que na constância das núpcias.

Evidencia-se que os bens móveis que não puderem provar terem sido adquiridos anteriormente ao casamento, serão presumidos que foram adquiridos na constância deste.

Dessa forma, em caso de sucessão, devem ser observados quais bens comunicam e quais não se comunicam. Isso, pois, na partilha, o cônjuge sobrevivente tem direito à meação daqueles que se comunicam. Quanto aos bens particulares do de cujus, concorrerá igualmente com os demais herdeiros.

Passaremos, neste momento, à análise do regime da comunhão universal. Neste regime todos os bens dos cônjuges se comunicam, independente do momento da aquisição. A lei determina alguns bens, por meio de um rol taxativo, que não se comunicarão neste regime:

Artigo 1.668: São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Além disso, é possível estabelecer, mediante um pacto antenupcial, bens diferentes dos estabelecidos pela lei a serem excluídos da comunhão.

Ou seja, sendo o autor da herança casado por este regime de bens, no inventário constarão todos os bens do casal. Dessa forma, no momento da partilha, separar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente, partilhando, assim, a outra metade entre os demais herdeiros. E ainda, caso o de cujus deixe bens do rol do artigo 1.668 do Código Civil, o consorte não concorrerá nestes com os demais herdeiros.

Posteriormente, faz-se necessário o estudo acerca das consequências sucessórias do regime de participação final nos aquestos. Neste caso, cada cônjuge possui o seu próprio patrimônio durante a constância do casamento. À época da dissolução, caberá a cada cônjuge a metade dos bens adquiridos a título oneroso pelo casal na constância do casamento.

Dessa forma, será somado o valor de todos os bens adquiridos pelos cônjuges durante o casamento. O valor deverá dividido pelos dois de forma igual.

Com isso, durante o casamento, funciona como o regime da separação de bens, a ser estudado adiante. Ou seja, cada um tem administração exclusiva do seu patrimônio. Somente após a dissolução da sociedade conjugal os bens serão divididos.

Assim, neste caso, havendo o falecimento de um dos consortes, é necessário apurar a composição dos bens do casal. Aqueles que não se comunicarem ou que restarem dos aquestos, serão levados à partilha aos herdeiros. Dessa forma, define Maria Helena Diniz:

Regime matrimonial de bens em que cada cônjuge possui patrimônio próprio, abrangendo os bens que tinha ao casar e os adquiridos a qualquer título na constância do casamento; mas à época da dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, lhe caberá o direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, durante a vigência do casamento¹⁹.

Finalmente, o regime de separação de bens, em que nenhum bem dos consortes se comunicam. Observa-se que o código determina alguns casos em que esse regime deverá ser obrigatório.

Neste caso, não haverá direito de meação ao cônjuge sobrevivente. Da mesma forma, este não participará da partilha junto aos descendentes, segundo o artigo 1.829 do Código Civil.

Após o estudo do instituto do casamento, devemos analisar a união estável. Reconhecida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro a partir da Constituição de 1988, substituiu o que antes era chamado de concubinato puro. A Constituição inovou em comutar o termo concubinato puro. Demonstra a intenção do legislador em garantir aos conviventes seus direitos advindos da sociedade de fato.

Com a promulgação do Código Civil em 2002, considerou-se que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”²⁰.

A leitura do artigo nos traz três requisitos para a configuração da união estável: publicidade, estabilidade e afeto qualificado. Dessa forma, percebe-se que o legislador deixa um amplo espaço para que se determine no caso concreto se é configurável a união estável.

Assim, configurada a união estável, caso os nubentes não convencionem o regime de bens por um contrato, será adotado o regime da comunhão parcial de bens. Ou seja, todos os bens adquiridos a título oneroso durante a convivência comunicam-se entre os conviventes.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. V. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108, verbete “regime de participação final nos aquestos”.

²⁰ BRASIL, Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

Estudados estes conceitos, é possível analisar a ordem de vocação hereditária definida em lei, dada maior atenção à sucessão do cônjuge, centro deste trabalho. Para tanto, estudaremos o artigo 1.829 do Código Civil que determina a ordem de vocação hereditária adotada no ordenamento jurídico brasileiro:

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

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

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Demonstra-se, de início, a grande mudança do Código Civil de 2002, que apresenta o cônjuge como herdeiro necessário. À vista disso, o cônjuge passa, inclusive, a concorrer com os descendentes e ascendentes.

Os descendentes são a primeira classe a ser chamada na sucessão. Não importa o grau de parentesco, enquanto houver descendentes do de cujus, estes deverão ser invocados. Para tanto, deve ser verificada a ordem dos afetos, pela qual os descendentes sucedem por cabeça ou por stirpe. Ou seja, não estando os herdeiros no mesmo grau, dá-se o direito de representação.

Disposto no inciso II do referido artigo, os ascendentes também obedecem a regra da ordem dos afetos. Assim, serão chamados, primeiramente, aqueles ascendentes de grau mais próximo do de cujus, se houver.

Evidencia-se que, nessa classe, não existe direito de representação. O que ocorre, diferentemente da classe anterior, é uma divisão entre a linha materna e a linha paterna do autor da herança, em cada parte terá direito a metade do patrimônio da herança.

Seguindo com o estudo do artigo 1.829 do Código Civil, caso o autor da herança não possua nenhum herdeiro ascendente ou descendente, partiremos para a terceira classe da ordem de vocação hereditária: o cônjuge.

Muito embora o cônjuge se encontre na terceira classe da ordem de vocação sucessória, a ele, é reservado o direito de concorrência nos dois incisos anteriores.

No inciso primeiro do referido artigo, consta a concorrência com o cônjuge com os descendentes. Destaca-se que tal concorrência ocorrerá a depender do regime de bens escolhido entre os consortes.

Com isso, podemos elencar três momentos em que o cônjuge não concorrerá com os descendentes: quando forem casados pelo regime de comunhão universal de bens; quando

forem casados pelo regime de separação obrigatória de bens; e, por fim, quando forem casados pelo regime de comunhão parcial e bens e o de cujus não tiver deixado bens particulares.

Quanto à concorrência do cônjuge com o ascendente, a lei não faz nenhuma ressalva. Dessa forma, nesta concorrência, não será feita análise do regime de bens do casamento entre o autor da herança e o consorte. Havendo o casamento, haverá a concorrência.

Nesses casos, o cônjuge herda por concorrência. Caso o de cujus não possua nenhum descendente, nem ascendente, o cônjuge herdará a título universal, segundo a sua colocação no inciso III do artigo em questão.

O Código determina que, concorrendo com os ascendentes de primeiro grau, será reservado ao cônjuge um terço do patrimônio da herança. Entretanto, caso haja apenas um ascendente de primeiro grau ou ainda, caso sejam ascendentes de grau mais remoto, ser-lhe-á reservada a metade da herança.

Por fim, serão chamados os colaterais. Frisa-se, que esses não são considerados herdeiros necessários. Ou seja, poderão ser afastados da herança por declaração de vontade em testamento.

3. A concorrência do cônjuge com os filhos híbridos

Como já examinamos, o Código, no artigo 1.829, determina a concorrência do cônjuge com os descendentes e os ascendentes, e, finalmente, estabelece, em seu artigo terceiro, a sucessão do cônjuge a título universal. Além disso, a norma destaca algumas regras para a concorrência do cônjuge.

Em se tratando da concorrência com os descendentes, a lei determina que seja observado por qual regime de bens eram casados os consortes. Assim, a depender do regime de bens do casamento, alguns preceitos devem ser observados.

Tradicionalmente, o Direito Sucessório tende a privilegiar os descendentes, colocando-os em primeira classe na ordem de vocação hereditária. Assim, é possível perceber a inovação que o Código Civil de 2002 trouxe ao garantir ao cônjuge o direito a concorrência com os descendentes.

Entretanto, o legislador omitiu-se a respeito de algumas questões, sobre as quais restaram à doutrina e à jurisprudência. Desde o ano de sua promulgação, exemplificativamente, coube à jurisprudência reconhecer a união e o casamento homoafetivo;

coube ao Poder Judiciário, também, reconhecer os direitos sucessórios do companheiro tal qual os direitos do cônjuge.

A respeito da concorrência do cônjuge com os descendentes à herança, o artigo 1.790 do Código determina a forma como deverá ocorrer a divisão:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

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

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

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

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (grifo nosso)²¹.

Seguindo a análise, a lei atribui qual será a quota equivalente a que se refere o inciso I do artigo anterior. Este é o foco do trabalho, em que destacaremos uma situação de omissão do legislador. O artigo 1.832 do Código Civil trata a respeito no quinhão mínimo que o cônjuge receberá ao concorrer com descendentes. Assim, a norma determina:

Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer²².

À vista disso podemos obter duas conclusões. A primeira parte do referido artigo determina que, caso o cônjuge concorra com filhos exclusivos do autor da herança, a ele caberá quinhão igual ao dos demais herdeiros. Destacamos que filhos exclusivos são aqueles descendem apenas do de cujus, e não do cônjuge supérstite. Ou seja, na hipótese em que os herdeiros são constituídos pelo cônjuge sobrevivente e filhos exclusivos do de cujus, o patrimônio deverá ser dividido igualmente entre todos.

Além disso, a segunda parte dispõe que, caso o cônjuge concorra com filhos comuns, a sua quota parte não poderá ser inferior a um quarto. Dizemos que são filhos comuns aqueles que descendem do autor da herança e do cônjuge sobrevivente. Ou seja, nessa situação, caso os descendentes sejam filhos de ambos, o cônjuge, na concorrência, terá reservado, no mínimo, o direito à quarta parte do patrimônio, sendo o restante dividido igualmente entre os descendentes.

²¹ BRASIL, Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

²² Ibidem.

Ocorre que a norma jurídica não soluciona a seguinte questão: o direito do cônjuge ao concorrer com filhos híbridos. Essa é a hipótese em que o autor da herança deixa descendentes comuns entre ele e o cônjuge sobrevivente, e ainda, filhos exclusivos.

Tal hipótese tem se tornado cada vez mais frequente na atual sociedade, tendo em vista as novas formas de composição familiar. A contemporaneidade tem trazido consigo situações familiares diversas, sendo protegidas pelo princípio constitucional do pluralismo familiar. Nossa realidade é permeada por mudanças contemporâneas, e não é novidade alguma que os casais que se separam venham a constituir uma nova família e planejam mais filhos.

Nesse caso, a doutrina debruçou-se a resolver a lacuna ignorada pelo legislador. Por conta disso, surgem correntes doutrinárias a fim de solucionar a situação.

Atualmente, a Doutrina majoritariamente adota o entendimento de que não deve haver a reserva da quarta parte ao cônjuge supérstite. Nessa perspectiva, todos os descendentes deverão ser tratados como se fossem filhos exclusivos do autor da herança. Assim, a herança deveria ser partilhada igualmente entre os herdeiros descendentes e o cônjuge sobrevivente.

Nomes importantes do Direito brasileiro adotam essa postura. Consultando-se a tabela Cahali, os defensores da solução acima referida são: Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dais, Maria Helena Diniz, Maria Helena Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Mário Roberto Carvalho de Faria, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Flávio Tartuce, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso.

Tal entendimento sustenta-se ainda na perspectiva da Constitucionalização do Direito, haja vista que os filhos não podem ser tratados com desigualdade, nos ditames do artigo 227, §6º da Constituição da República²³.

Ademais, aprovou-se o Enunciado n. 526 da V Jornada de Direito Civil, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2011, que “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”²⁴.

²³ Art. 227, §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁴ Informação disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em 10 de fev. 2021.

A segunda corrente doutrinária prestigia o cônjuge em desfavor dos herdeiros. Nesse sentido, essa corrente entende que devem ser tratados como se todos fossem comuns, reservando-se, portanto, a quarta parte da herança ao cônjuge supérstite. Doutrinadores civilistas brasileiros dentre os quais Francisco José Cahali, José Fernando Simão e Sílvio de Salvo Venosa, são adeptos dessa linha de pensamento doutrinário.

Tal corrente sustenta-se em uma interpretação gramatical acerca do inciso II do artigo 1.790: “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles” (grifo nosso).

O que esse posicionamento defende é justamente o uso do vocábulo “só”. Ora, é possível perceber, portanto, que a intenção do legislador é de que esta regra somente deverá ser aplicada em casos em que todos os descendentes são filhos exclusivos do autor da herança.

Compreende-se que tal posição apresenta adversidades. Tendo em vista que o artigo 1.832 do Código Civil limita direitos dos descendentes do autor da herança, o Direito entende que tal norma deve ser interpretada restritivamente. Dessa forma, sendo clara que a limitação diz respeito apenas aos filhos comuns, interpretando-se restritivamente, não seria possível que tal norma atinja, também, os filhos exclusivos.

Finalmente, os doutrinadores Eduardo de Oliveira Leite, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Augusto Monteiro de Barros desenvolveram outras vias de reflexão, baseados na “Teoria das Sub-heranças”. Consiste em uma tentativa de harmonizar matematicamente as disposições dos incisos I e II do Art. 1.790, de modo que a fração a ser atribuída ao companheiro equivalha a uma média das frações que lhe caberiam em relação a cada herdeiro.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite²⁵, a divisão da herança deveria se dar de forma igual entre os filhos, tanto para os comuns quanto para os exclusivos do falecido. Da quota-parte dos filhos comuns do casal seria reservada ao cônjuge a quarta parte da herança.

Entretanto, esta posição parece ferir a igualdade entre os filhos, defendida pela Constituição Cidadã. Isto porque os filhos comuns receberão valor menor do que os filhos exclusivos do autor da herança.

Giselda Hironaka, diferentemente, tenta solucionar a lacuna normativa, subdividindo proporcionalmente a herança segundo a quantidade de descendentes. São criados dois blocos, um dos descendentes comuns e outro dos exclusivos. A parte destinada

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges*. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Questões controvertidas*. v. 1. São Paulo: Métodos, 2003. p. 459

aos filhos comuns, divide-se a quota entre o número de filhos mais o cônjuge. O mesmo se faz em relação à parte reservada aos filhos exclusivos.

Ao somar as quotas do cônjuge, o valor deve ser maior do que a quarta parte da herança. Caso não chegue aos vinte e cinco por cento, será descontado do bloco dos filhos comuns até chegar à porcentagem estabelecida no Artigo 1.832.

Entretanto, nesta posição também se verifica a distinção entre os valores herdados pelos descendentes. Inclusive, a professora Hironaka²⁶, entende que essa não é a melhor solução para os casos de filiação híbrida:

Ora, é muito fácil observar que, senão em circunstância real excepcionalíssima, essa composição matemática não conseguiria atender aos preceitos legais envolvidos (art. 1.829, I e 1.832), e não garantiria a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos descendentes da mesma classe, conforme determina o art. 1.834, de caráter constitucional. Quer dizer, nem se conseguiria obter – por esta proposta imaginada conciliatória – iguais quinhões para os herdeiros da mesma classe (comuns ou exclusivos), nem seria razoável que a quarta parte garantida ao cônjuge fosse complementada por subtração levada a cabo tão somente sobre a parte do acervo destinada aos descendentes comuns.

Flávio de Barros²⁷ também desenvolveu um posicionamento segundo a Teoria das Sub-heranças. Segundo este autor, divide-se a herança em partes iguais a todos os herdeiros. Feito isso, retirasse a quota parte dos filhos exclusivos para que se faça o restante do cálculo.

Com o valor remanescente calcula-se a quarta parte devida ao cônjuge sobrevivente. Subtrai-se esse valor encontrado do total da herança e, o restante, divide-se igualmente entre os herdeiros.

Percebe-se com este estudo, a necessidade dos posicionamentos doutrinários para a busca da aplicação de forma mais igualitária do direito ao caso concreto, de maneira a evitar-se eventuais injustiças. Para tanto, deve-se ter em vista a interpretação das normas conforme os ditames da nossa Magna Carta, como forma de garantir os direitos fundamentais nas relações privadas.

A fim de observar e compreender como os Tribunais Superiores brasileiros vêm entendendo a matéria e aplicando o Direito ao caso concreto, partiremos para uma análise jurisprudencial acerca do tema.

Iniciamos com uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões Brasileiro* – Disposições gerais e sucessão legítima. Revista Imes, São Caetano do Sul, vol. 5, Julho/dezembro 2002.

²⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. Família e sucessões. São Paulo: Método, 2004, vol. 4. p. 208.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - PEDIDO DE SUSPENSÃO DO INVENTÁRIO - INOVAÇÃO RECURSAL - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS - PARTILHA DE BENS - UNIÃO ESTÁVEL - COMPANHEIRA - CONCORRÊNCIA COM FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS - DUPLA CONCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - DIVISÃO IGUALITÁRIA DA HERANÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.790, INCISO I, DO CC/02. - Não deve ser conhecido o pedido de suspensão do inventário, por não ter transitado em julgado a sentença de reconhecimento da união estável, sob pena de violação ao princípio do Juiz natural e configuração de supressão de instâncias. - Embora a aplicação do artigo 1.790, inciso I, do CC/02 seja desfavorável à companheira do de cujus o mesmo preserva a igualdade entre os descendentes comuns e descendentes exclusivos deixados pelo de cujus, em conformidade ao disposto no artigo 227, §6º da CF/88 e do artigo 1.596 do Código Civil de 2002, razão pela qual a partilha de bens do espólio deverá ser feita na forma do art. 1.790, inciso I, do CC/02²⁸.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO OBRIGATÓRIO - REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS - PAGAMENTO INTEGRAL VINDICADO PELA COMPANHEIRA - EXCLUSÃO DOS HERDEIROS - VEDAÇÃO - ARTIGO

O parágrafo único do artigo 4º da Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, somente garante ao companheiro ou esposa, a exclusividade ao recebimento da indenização correspondente ao seguro obrigatório, quando atrelada ao evento morte, conforme se deduz do "caput" do referido dispositivo legal.

Conquanto os incisos I e II, do artigo 1790 do NCC, diferenciem o quinhão destinado ao companheiro quando concorrer com filhos comuns e exclusivos do "de cujus", se a situação concreta revela a dupla concorrência, outro não pode ser o entendimento no sentido de dividir a indenização em iguais proporções, haja vista que os filhos, independentemente da origem, possuem iguais direitos hereditários (art. 1834 NCC)²⁹ (grifo nosso).

Percebe-se, diante essas decisões do egrégio TJMG convergem-se em determinar a divisão igualitária da herança. Tal entendimento, vai ao encontro da corrente doutrinária majoritária.

Frise-se a preocupação dos magistrados em garantir a igualdade entre os filhos. Frente a modernização da sociedade e nas novas configurações familiares, faz-se de suma importância tal preocupação, para que não tenhamos consequências futuras.

Partiremos a analisar decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

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

1. Controvérsia em torno da fixação do quinhão hereditário a que faz jus a companheira, quando concorre com um filho comum e, ainda, outros seis filhos exclusivos do autor da herança.

²⁸ TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0241.12.003725-4/004, Relator(a): Des.(a) Yeda Athias, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/08/2016, publicação da súmula em 13/09/2016.

²⁹ TJMG – Apelação Cível 1.0480.05.065679-6/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/11/2008, publicação da súmula em 09/01/2009.

2. O Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do e. Min. Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do RE 878.694/MG, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CCB tendo em vista a marcante e inconstitucional diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável.
3. Insustentabilidade da discussão do quanto disposto nos incisos I e II do art. 1.790, do CCB, acerca do quinhão da convivente - se o mesmo que o dos filhos (desimportando se comuns ou exclusivos do falecido) -, pois declarado inconstitucional, reconhecendo-se a incidência do art. 1.829 do CCB.
4. "Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus." (REsp 1368123/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 08/06/2015).
5. Necessária aplicação do direito à espécie, pois, reconhecida a incidência do art. 1.829, I, do CCB e em face da aplicação das normas sucessórias relativas ao casamento, aplicável o art. 1.832 do CCB, cuja análise deve ser, de pronto, realizada por esta Corte Superior, notadamente em face da quota mínima estabelecida ao final do referido dispositivo em favor do cônjuge (e agora companheiro), de 1/4 da herança, quando concorre com seus descendentes.
6. *A interpretação mais razoável do enunciado normativo do art. 1.832 do Código Civil é a de que a reserva de 1/4 da herança restringe-se à hipótese em que o cônjuge ou companheiro concorrem com os descendentes comuns. Enunciado 527 da Jornada de Direito Civil.*
7. *A interpretação restritiva dessa disposição legal assegura a igualdade entre os filhos, que dimana do Código Civil (art. 1.834 do CCB) e da própria Constituição Federal (art. 227, §6º, da CF), bem como o direito dos descendentes exclusivos não verem seu patrimônio injustificadamente reduzido mediante interpretação extensiva de norma.*
8. *Não haverá falar em reserva quando a concorrência se estabelece entre o cônjuge/companheiro e os descendentes apenas do autor da herança ou, ainda, na hipótese de concorrência híbrida, ou seja, quando concorrem descendentes comuns e exclusivos do falecido.*
9. Especificamente na hipótese de concorrência híbrida o quinhão hereditário do consorte há de ser igual ao dos descendentes.
10. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO³⁰ (grifo nosso).

No mesmo sentido das decisões anteriores, a decisão do Superior Tribunal de Justiça preza por garantir a igualdade entre os filhos, de forma a repartir igualmente a herança. Observa-se, novamente, a intenção do magistrado em fazer valer os ditames da Constituição da República.

Percebe-se, nesta pesquisa, portanto, que, apesar da lacuna deixada pelo legislador federal e das correntes doutrinárias acerca do tema, a aplicação mais usual atualmente no Judiciário Brasileiro segue em dividir a herança igualmente entre todos os herdeiros. Assim, o Judiciário evita discussões acerca de privilégios entre filhos e tratamento diferenciado.

É fato que o legislador precisa de adequar à modernidade e, como é o caso, a evolução da família e suas novas formas de composição. A evolução social é inevitável e as

³⁰ STJ – REsp: 1617501 RS 2016/0200912-6, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 11/06/2019, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 06/09/2019 DJe 01/07/2019.

autoridades devem estar atentas a tais fatos, para que a leis possam acompanhar o progresso e fazerem-se úteis a sociedade.

Faz-se necessário um estudo social por parte do Poder Legislativo, a fim de solucionar esta questão e positivá-la, evitando-se assim conflitos litigiosos. Dessa forma, além de tornar a lei adequada à realidade contemporânea, evitaríamos inúmeras discussões frente ao Judiciário.

Conclusão

Os institutos civis da família e da propriedade são intimamente ligados ao Direito Sucessório. A família surge ainda na pré-história, com configurações muito diferentes das que conhecemos hoje, na qual vigorava-se a poligamia em face da monogamia, que surgirá séculos mais tarde, em proveito do poder paterno.

Com a sedentarização e o aumento de riqueza, inicia-se a distinção entre as terras comuns e familiares. Surge a intenção de transferir a propriedade aos seus filhos após a sua morte.

O Direito de Sucessão, ao longo da história, desenvolveu-se para que, nos dias de hoje, tivéssemos preceitos que assegurem a continuidade da propriedade no meio familiar.

No Brasil, até a chegada dos portugueses havia uma população dispersa em várias tribos. A partir do século XV, passaram a vigorar no Brasil as Ordenações, com destaque para as Ordenações Filipinas, que vigoraram desde sua outorga em 1603 até 1916, quando o primeiro Código Civil Brasileiro foi promulgado.

Nesse novo Código, o cônjuge sobrevivente fora alocado em terceiro na ordem de vocação hereditária. Entretanto, não era um herdeiro necessário. Essa situação altera-se apenas com o Código Civil de 2002 que, além de considerar o cônjuge como um herdeiro necessário, ainda o reserva o direito à concorrência.

Assim, os descendentes são a primeira classe a ser chamada na sucessão, verificando-se a ordem dos afetos. Logo em seguida, os ascendentes, que também obedecerão a regra da ordem dos afetos. Em ambos os casos, será reservado ao cônjuge supérstite a concorrência.

Em se tratando da concorrência com os descendentes, como estudado no segundo capítulo deste trabalho, deverá ser observado o regime de bens escolhido no casamento dos nubentes. Dessa forma, caso tenham sido casados em regime de separação de bens, o cônjuge

sobrevivente não terá direito à concorrência, bem como na hipótese de regime da comunhão universal de bens, em que haverá somente o direito à meação.

Ademais, em se tratando do regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente tem direito à meação daqueles bens elencados no artigo 1.660 do Código Civil. Dessa forma, caso a herança seja composta apenas por estes, o consorte terá reservada a sua meação. Entretanto, caso haja bens particulares, participará da concorrência junto aos demais herdeiros. Assim, tratamos das hipóteses em que o cônjuge tem direito à concorrência com os descendentes.

O Código Civil diferencia, nesta concorrência, nas hipóteses de filhos exclusivos e filhos comuns. Dessa forma, tem-se que caso o cônjuge concorra com filhos exclusivos do autor da herança, a ele caberá quinhão igual ao dos demais herdeiros. Por outro lado, caso o cônjuge concorra com filhos comuns, a sua quota parte não poderá ser inferior a um quarto.

Ocorre que, conforme estudado na terceira seção, a norma jurídica não soluciona a seguinte questão: o direito do cônjuge ao concorrer com filhos híbridos.

Atualmente, conforme visto, a doutrina majoritária entende que a herança deveria ser partilhada igualmente entre os herdeiros descendentes e o cônjuge sobrevivente. Esta também é a aplicação mais usual atualmente no Judiciário Brasileiro. Assim, o Judiciário evita discussões acerca de eventuais privilégios entre filhos e tratamento diferenciado.

Concordamos com tal entendimento majoritário. É fato que no ano de 2002, quando a norma foi promulgada, esta situação ainda não era tão recorrente no Judiciário Brasileiro. Entretanto, atualmente, cada vez mais formas diferentes de configurações familiares vem surgindo. A facilidade ao divórcio e à constituição de uma nova família contribuíram para que essa situação se tornasse cada vez mais frequente.

Dessa forma, entendendo-se que o Ordenamento Jurídico Brasileiro busca a igualdade entre os filhos, entendemos que a solução para essa lacuna é a divisão igualitária do acervo hereditário entre todos os herdeiros. Desse modo, a lei se aproximaria dos ditames constitucionais de igualdade e equidade nas relações jurídicas, visando o objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Bibliografia

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Manual de direito civil. Família e sucessões. São Paulo: Método, 2004, vol. 4.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de família. Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL, Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. De Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A., 1961.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. V. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Ed. 9. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira S.A., 1984.

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

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

MACIEL, José Fábio Rodrigues. História do direito. Ed. 4. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 2. 37 ed. atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito de família. 3. ed.. São Paulo: Max Limonad, 1947. V. I a III.

STJ – REsp: 1617501 RS 2016/0200912-6, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 11/06/2019, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 06/09/2019 DJe 01/07/2019.

TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0241.12.003725-4/004, Relator(a): Des.(a) Yeda Athias, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/08/2016, publicação da súmula em 13/09/2016.

TJMG – Apelação Cível 1.0480.05.065679-6/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/11/2008, publicação da súmula em 09/01/2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: direito de família. v. 6. Ed. 8. São Paulo. Atlas S.A., 2008.

Data da submissão: 24/11/2021

Data da aprovação: 14/12/2021