

INACIO BERNARDINO DE CARVALHO NETO

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DO
CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO DIREITO
BRASILEIRO: DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO
DO CÓDIGO CIVIL**

(Tese de doutorado)

Orientador: Professora Associada Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2005

INACIO BERNARDINO DE CARVALHO NETO

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DO
CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO DIREITO
BRASILEIRO: DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO
DO CÓDIGO CIVIL**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação da Professora Associada Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo
2005

INACIO BERNARDINO DE CARVALHO NETO

**A EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DO
CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO NO DIREITO
BRASILEIRO: DA NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO
DO CÓDIGO CIVIL**

Orientadora: _____
Professora Associada Giselda Maria Fernandes Novaes
Hironaka

DEDICATÓRIA:

Dedico o presente trabalho, primeiramente, à minha esposa Andrea Sartori de Carvalho. O sábio Salomão dela profetizara há cerca de três mil anos: “Mulher virtuosa, quem a achará? O seu valor muito excede o de rubins”¹. Em segundo lugar, aos meus filhos Camylla, Rodrigo, Manuela, Beatriz e Bruno, uma grande e maravilhosa família. Parafraseando Max LUCADO, posso dizer que, se o céu der falta de cinco anjos, sei onde encontrá-los². E ainda: aos meus pais, Sebastião e Cássia, que, na simplicidade, ensinaram-me a base de tudo o que sou hoje; e à minha querida avó Zefinha (como ela prefere ser chamada), que, nos seus mais de oitenta e oito anos, lúcida, forte e alegre, ainda me transmite um carinho inigualável de mãe, cuidando de mim com suas orações.

¹ Provérbios 31.10; para esta e todas as demais citações da Bíblia, usou-se a edição revista e corrigida traduzida por João Ferreira de ALMEIDA, publicada em São Paulo pela Sociedade Bíblica do Brasil em 1995.

² LUCADO, Max. **Simplemente como Jesus**. 5. ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2001, p. 11.

AGRADECIMENTOS:

Agradeço a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho e, em especial, 1) ao Deus Todo-Poderoso, que me dá vida, saúde e paz de espírito para minhas realizações; 2) à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, mais do que uma orientadora, uma amiga de todos os momentos, que com muita paciência me conduziu até o estágio atual; a ela agradeço penhoradamente ter-me incluído no “Kiti-Gigi”, um grupo seletivo de juristas e, sobretudo, de amigos; só quem dele faz parte pode compreender o valor da liderança dessa “mãe”; 3) ao Professor Associado José Luiz Gavião de Almeida, pela “co-orientação” que deu novo fôlego ao meu trabalho; 4) à minha esposa, Andrea Sartori de Carvalho, e à minha secretária, Ana Pieroli Dias, pelo auxílio na pesquisa, digitação e conferência do texto.

RESUMO

O direito sucessório brasileiro, no que se refere a cônjuges e companheiros, passou por um processo de larga evolução, desde as suas origens mais remotas, nas entranhas do direito português, até a fase atual, especialmente após o advento do novo Código Civil. Vigiam em Portugal, por ocasião do descobrimento do Brasil, as Ordenações Afonsinas, que foram, sucessivamente, substituídas pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas, tendo esta larga vigência no Brasil, desde sua edição em 1603 até a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Em quase todo esse extenso período, o cônjuge era colocado em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, que herdavam até o décimo grau. Não se cogitava, até então, de direito sucessório entre companheiros. Somente em 1907 a Lei Feliciano Pena alterou essa ordem, colocando o cônjuge à frente dos colaterais, ordem essa que foi adotada no Código de 1916 e vigorou durante todo o século XX, e até a entrada em vigor do novo Código Civil. Quanto aos companheiros, que não tinham, em princípio, qualquer direito reconhecido, houve franca evolução jurisprudencial e legislativa no século XX, que culminou com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, passando, em consequência, a ser-lhes deferido direito sucessório pelas Leis n^{os}. 8.971/94 e 9.278/96. Diversos projetos de lei, durante todo o século XX, tentaram reformar o Código de 1916, quase todos estabelecendo melhoras no direito sucessório dos cônjuges e alguns reconhecendo direitos no concubinato. Um destes projetos, da comissão presidida por Miguel Reale, converteu-se no novo Código Civil (Lei n^o. 10.406/02), que alterou profundamente o direito sucessório dos cônjuges, melhorando em muito a posição deles na ordem de vocação hereditária. Quanto aos companheiros, contudo, não foi feliz o novo Código, estabelecendo diversas disposições prejudiciais a estes em relação aos cônjuges. Faz-se mister a alteração da lei em diversos pontos.

RIASSUNTO

Il diritto successorio brasiliano, riguardo ai coniugi e compagni, passò per un processo di larga evoluzione, purché dalle origini più remote, nelle viscere del diritto portoghese, fino alla fase attuale, specialmente dopo l'avvento del nuovo Codice Civile. Sorvegliano in Portogallo, in occasione della scoperta del Brasil, gli Ordinamenti Afonsinas, che sono stati, successivamente, sostituiti dagli Ordinamenti Manuelinas e Filipinas, tenendo questo ampia vigenza in Brasil, purché dalla sua edizione nel 1603 fino all'ingresso in vigore del Codice Civile del 1916. Durante questo esteso periodo, il coniuge era messo in quarto posto in ordine di vocazione ereditaria, dopo i collaterali, che ereditavano fino al decimo grado. Non si cogitava, fino a quel momento, di diritto successorio tra compagni. Soltanto nel 1907 la Legge Feliciano Pena alterò quest'ordine, mettendo il coniuge davanti ai collaterali, ordine questa che fu adottata nel codice del 1916 e vigorò durante l'intero secolo XX, fino all'ingresso in vigore del nuovo Codice Civile. Riguardo ai compagni, che non avevano, in principio, nessun diritto riconosciuto, ci fu franca evoluzione giurisprudenziale e legislativa nel secolo XX, che culminò con il riconoscimento dell'unione stabile come entità familiare, passando, in conseguenza, ad essergli differito diritto successorio per le Leggi numeri 8.971/94 e 9.278/96. Diversi progetti di legge, durante l'intero secolo XX, hanno provato di riformare il Codice del 1916, quase tutti avendo stabilito miglioramenti nel diritto successorio dei coniugi e alcuni riconoscendo i diritti nel concubinato. Uno di questi progetti, della commissione presieduta da Miguel Reale, si convertì nel nuovo Codice Civile (Legge numero 10.406/02), che alterò profondamente il diritto successorio dei coniugi, migliorando assai la loro posizione nell'ordine di vocazione ereditaria. Riguardo ai compagni, comunque, non fu felice il nuovo Codice, stabilendo diverse disposizioni dannose a questi in rapporto ai coniugi. Se fa urgente il cambiamento della legge in diversi punti.

RÉSUMÉ

Le droit de succession brésilien, en ce qui concerne les époux et les compagnons, est passé par un processus de large évolution, depuis ses origines les plus anciennes, dans les entrailles du droit portugais, jusqu'à sa phase actuelle, spécialement après l'avènement du nouveau Code Civil. Il était en vigueur, au Portugal, à l'occasion de la découverte du Brésil les Ordinations Alphonsines, qui ont été successivement substituées par les Ordinations Manuelines et Philippines, ayant celle-ci large vigueur au Brésil, depuis son édition en 1603 jusqu'à l'entrée en vigueur du Code Civil de 1916. Pendant presque toute cette large période, l'époux était mis en quatrième place dans l'ordre de vocation héréditaire, après les collatéraux, qui en héritaient jusqu'au dixième degré. Il n'était pas question, jusqu'alors de droit de succession entre compagnons. Seulement en 1907 la Loi Feliciano Pena a altéré cette ordre, en passant l'époux devant les collatéraux, l'ordre qui a été adoptée par le Code de 1916 et qui a été en vigueur pendant tout le XXème siècle, et jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveaux Code Civil. En ce qui concerne les compagnons, qui n'avaient, à principe, aucun droit reconnu, il y a eu franche évolution jurisprudentielle et législative dans le XXème siècle, qui a abouti dans la reconnaissance de l'union stable comme entité familiale, ce qui a eu comme conséquence, l'octroi du droit de succession par les Lois n^{os}. 8.971/94 et 9.278/96. Plusieurs projets de loi, pendant tout le XXème siècle ont essayé de reformer le Code de 1916, presque tous en établissant des améliorations dans le droit de succession des époux et quelques-uns en reconnaissant les droits du concubinage. Un de ces projets, de la commission présidée par Miguel Reale, s'est changé dans le nouveau Code Civil (Loi n^o. 10.406/02), qui a changé profondément le droit de succession des époux, en améliorant beaucoup leur position dans l'ordre de vocation héréditaire. En ce qui concerne les compagnons, cependant, il n'a pas été heureux, le nouveau Code, en établissant plusieurs dispositions qui portent préjudice à ceux-ci par rapport aux époux. Il faut l'altération de loi en plusieurs aspects.

INTRODUÇÃO

“O homem que volta a banhar-se no mesmo rio,
nem o rio é o mesmo rio, nem o homem é o
mesmo homem”.

HERÁCLITO³

Sucessão, em sentido comum, implica a idéia de transmissão⁴ de bens⁵. Suceder é, no dizer de Sílvio VENOSA, substituir, tomar o lugar de outrem, no campo dos fenômenos jurídicos⁶. Etimologicamente, “sucessão” adveio do termo latino *sucessio*, que deriva por sua vez do verbo *succedere* (ir para debaixo de, vir debaixo, vir para o lugar de, tomar o lugar de, vir depois, vir em seguida)⁷. Sendo assim, teríamos sucessão legal⁸ ou voluntária, a título gratuito ou a título oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*⁹. No Direito das Sucessões, contudo, só cuidamos da sucessão gratuita *causa mortis*. Seu objeto de estudo,

³ Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 37.

⁴ TELLES, Inocêncio Galvão (**Direito das sucessões: noções fundamentais**. 6. ed. Coimbra, 1991, p. 48-49) relata a divergência na doutrina portuguesa a respeito dos termos “sucessão” e “transmissão”, uns as considerando expressões sinônimas, como o próprio autor, outros pretendendo ver distinção entre elas, entendendo que o termo “sucessão” se ligue à idéia de morte e “transmissão”, à idéia de vida. A sucessão consistiria em ingressar por morte de alguém em um direito que lhe pertencia; a transmissão, em adquirir de outrem em sua vida um direito que era seu. Dentro deste modo de ver seria pleonástico dizer sucessão por morte e transmissão em vida; e inexato falar de sucessão em vida e de transmissão por morte. A outra variante da mesma assinalada orientação consiste em considerar a sucessão, por essência, como universal e a transmissão, também por essência, singular. Nesta outra variante o pleonismo estaria em falar de sucessão universal e de transmissão singular e o erro em dizer sucessão singular e transmissão universal. Estas distinções, contudo, não serão adotadas neste trabalho, como não o foi pelo citado autor e não o é pela maioria da doutrina, seja lusitana, seja brasileira.

⁵ Na clássica e perfeita definição de LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula (**Sucessões**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915, p. 15): “A idéia de sucessão implica a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito” (nesta e em todas as demais citações de textos antigos, atualizou-se a redação para os padrões atuais da língua portuguesa, seguindo a orientação também adotada por CAETANO, Marcello. **História do direito português**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992, p. 33, que diz não haver vantagem em manter as dificuldades da linguagem arcaica). Observa ALMEIDA, José Luiz Gavião de (**Código Civil comentado: direito das sucessões**. Coordenador: Álvaro Villaça AZEVEDO. São Paulo: Atlas, 2003, v. 18, p. 15) que, em sentido vulgar, a palavra tem outras formas de utilização, como, v.g., surtir efeito, ter bom resultado. Parece-nos, contudo, que o autor confunde “sucesso” com “sucessão”.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6, p. 15.

⁷ Cf. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **Lições de direito das sucessões**. 3. ed. Coimbra, 1993, v. 1, p. 20-21.

⁸ Como exemplo de sucessão legal, cite-se o caso do locatário que falece, assumindo sua esposa a posição contratual por força da Lei do Inquilinato (Lei n.º. 8.245, de 18 de outubro de 1991).

⁹ Anota LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula (*Op. cit.*, p. 16) que os romanos já aplicavam o termo “sucessão” compreendendo todos estes casos.

portanto, é a transmissão gratuita de bens e obrigações do falecido. Define Silvio RODRIGUES o Direito das Sucessões como “o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”¹⁰. Em sentido objetivo, a expressão designa o conjunto de normas relativas à transmissão dos bens; em sentido subjetivo, o direito de uma pessoa a receber a herança de outrem.

Quanto à fonte, a sucessão pode ser testamentária ou legítima¹¹. Testamentária, se baseada em testamento; legítima¹², ao contrário, se fundada na lei¹³, por não haver testamento válido e eficaz¹⁴, ou não abranger ele todos os bens. Quanto aos efeitos, a sucessão pode ser universal ou singular. Universal¹⁵ é a sucessão em que se transfere toda a herança, ou uma quota ideal dela, sem discriminação de bens; singular, ao contrário, é a sucessão em bens individuados. À sucessão universal chama-se herança; à

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 3. Com semelhantes palavras define o instituto ALMEIDA, José Luiz Gavião de *Op. cit.*, p. 15-16), acrescentando-lhe, porém, a referência à pessoa presumidamente morta.

¹¹ Anota OLIVEIRA, Euclides Benedito de (**Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças**. São Paulo, 2004. Tese apresentada ao Doutorado em Direito Civil. USP, p. 64) a impropriedade da expressão “legítima”, que, ao mesmo tempo, serve para qualificar (como adjetivo, portanto) a sucessão, em contraposição à sucessão testamentária (que também não deixa de ser legítima, pois também está baseada em lei), e serve como substantivo, para designar aquela porção da herança (metade) que toca aos referidos herdeiros necessários. Bem por isso GOMES, Orlando (**Memória justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1963, 117) justifica a opção por intitular, em seu Projeto de Código Civil, o segundo Título do Livro das Sucessões por “sucessão legal”, pois “a locução sucessão legítima presta-se a confusão”.

¹² COGLIOLO, Pietro (**Filosofia do direito privado**. Tradução: Henrique de CARVALHO. Lisboa: Clássica, 1915, p. 32) usa a sucessão legítima, em que unicamente se indicam as pessoas chamadas a suceder, para exemplificar sua afirmação de que “ao formalismo está ligada a simplicidade das primeiras normas”, citando a Lei das XII Tábuas, o direito indiano e as inscrições de Gortyna descobertas em 1884.

¹³ Costuma-se afirmar que a sucessão legítima é o testamento presumido do *de cuius*. Contra tal afirmação, opõe GONÇALVES, Luiz da Cunha (**Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1962, v. 10, t. 2, p. 425) que “a sucessão legítima é, historicamente, anterior à testamentária, e existiu, como ainda existe, em países cujas leis ou usos não admitem o testamento; que, em muitos casos, o autor da herança, se tivesse podido testar, deixaria os seus bens a pessoas diversas daquelas que lhe sucedem por força da lei; que essa vontade tácita não justifica a sucessão do cônjuge e do Estado; que a sucessão testamentária é uma derrogação da sucessão legítima, e, por isso, não pode dizer-se que esta se funda na vontade presumida do falecido”.

¹⁴ Como bem nota TELLES, Inocêncio Galvão (*Op. cit.*, p. 102), “à falta material de testamento é de equiparar a falta jurídica. A sucessão legítima não supõe necessariamente a ausência física de disposição testamentária. O *de cuius* pode ter procedido, de fato, a essa disposição e, mesmo assim, haver lugar à sucessão legítima por a disposição se mostrar destituída de relevância jurídica, não sendo válida ou pelo menos eficaz”.

¹⁵ BARBERO, Domenico (**Sistema del derecho privado: sucesiones por causa de muerte**. Tradução: Santiago Sentis MELENDO. Buenos Aires: EJEJA, 1967, v. 5, p. 5) entende melhor a expressão “sucessão integral”, ou “*successio in locum et ius*”, como diziam os clássicos do direito romano.

sucessão singular, legado¹⁶. Se se deixa em testamento, *v.g.*, metade dos bens a Fulano de Tal, ter-se-á uma sucessão a título universal; *æ*, ao contrário, deixa-se uma determinada casa, a sucessão se dará a título singular¹⁷. Nada impede, contudo, que, instituindo herdeiro, designe bens concretos para preencher a sua quota (dizendo, *v.g.*: instituo Fulano herdeiro de metade de meus bens, devendo tocar-lhe meu automóvel), o que não desvirtuará a sua condição de herdeiro. Assim, observa-se que a sucessão legítima é sempre universal¹⁸, ao passo que a sucessão testamentária pode ser universal ou singular. Um outro fator distintivo entre herança e legado: só o herdeiro continua a posse do autor da sucessão, enquanto o legatário tem uma posse nova.

Há quem negue a conveniência do direito das sucessões; afirma-se que os bens do falecido deveriam pertencer ao Estado¹⁹, como forma de distribuição de renda, e

¹⁶ Diferentemente sucede no direito francês, que chama a sucessão legítima de herança e a sucessão testamentária (universal ou singular) de legado (vide, *v.g.*, arts. 1.003 a 1.013 do Código de Napoleão, que falam em legado universal e legado a título universal) (para esta e todas as demais referências ao Código Civil francês, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, em 22/dez./2003).

¹⁷ Cita ASCENSÃO, José de Oliveira (**Direito civil: sucessões**. 4. ed. Coimbra, 1989, p. 264) exemplos que nos fazem ver que a distinção entre sucessão universal e singular não é assim tão simples: se o testador distribui todos os seus bens móveis a uma pessoa e os imóveis a outra, há herança ou legado? Como diz o autor, entre determinação e indeterminação há uma graduação quase infinita. Mas o Código Civil alemão (BGB) soluciona tal problema estabelecendo simplesmente que a dúvida se resolve em favor do legado, enunciando o § 2.087, 2ª. alínea, que “se ao designado forem atribuídos somente bens determinados, não se deverá considerar, na dúvida, que ele é herdeiro, ainda que assim tenha sido designado” (No original: “§ 2.087 [Allgemeine Auslegungsregel]. ... (2) Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist”) (para esta e todas as demais referências ao Código Civil alemão, utilizou-se a 104ª. edição publicada em Munique em 1995 pela C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung). Já o Código mexicano diz, no art. 1.286, que, “quando toda a herança se distribua em legados, os legatários serão considerados como herdeiros” (No original: “Artículo 1286. Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios seran considerados como herederos”) (para esta e todas as demais citações do Código Civil mexicano, utilizou-se a 40ª. edição publicada pela Porrúa em 1979 na Cidade do México; contudo, conferiu-se a atualidade dos dispositivos com a versão baixada da Internet, no site <<http://www.solon.org>>, em 10/jan./2004). Para maior desenvolvimento na distinção entre herdeiro e legatário, vide CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Op. cit.*, p. 61-83.

¹⁸ Em sentido contrário, ASCENSÃO, José de Oliveira (*Op. cit.*, p. 260) fala em legado legítimo em casos como o extinto usufruto viual do cônjuge sobrevivente.

¹⁹ Neste sentido escrevem ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín (**Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones**. Tradução: Ramón Maria Roca SASTRE. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1960, t. 5, v. 1, p. 2): “Assim ocorreu, em especial, com os primeiros socialistas franceses. O jacobino BABEUF estigmatizou o Direito sucessório como um mal público; BAZARD e ENFANTIN, discípulos do conde de SAINT SIMON, advogaram por atribuir ao Estado o Direito exclusivo a herdar. Mais recentemente o italiano RIGNANO vê a solução do problema social na substituição do direito sucessório privado por um imposto de caráter confiscatório sobre as heranças” (No original: “Así ocurrió, en especial, com los primeros socialistas franceses. El jacobino BABEUF estigmatizó el Derecho sucesorio como un mal public; BAZARD y ENFANTIN, discípulos del conde de SAINT SIMON, abogaron por atribuir al Estado el Derecho exclusivo a heredar. Más recientemente el italiano RIGNANO ve la solución del problema social en la substitución del derecho sucesorio privado por un impuesto de carácter confiscatorio sobre las herencias”).

que a sucessão incentiva à preguiça²⁰, já que aquele que recebe uma herança viverá dela, não mais precisando trabalhar, o que contraria os interesses do Estado. Mas a crítica não procede. A uma, porque não se pode retirar da propriedade o direito sagrado de transmissão dos bens após a morte do seu titular; do contrário, não se teria verdadeira propriedade, mas mero usufruto vitalício²¹. A duas, porque a supressão do direito das sucessões também contraria importante interesse do Estado, qual seja, o da poupança interna²². Sabendo que não poderia transmitir seus bens para além de sua morte, todos passariam certamente seus últimos dias de vida a gastar tudo o que amalharam e pouparam por toda a vida. A três, porque, por meio de doações, seria muito fácil burlar a lei que proibisse a transmissão. Acrescenta José Luiz Gavião de ALMEIDA ainda dois argumentos: não se pode entender que o Estado daria melhor aplicação aos bens do falecido que os herdeiros deste dariam; e o mau uso dos direitos não pode ser causa de sua supressão²³. A conhecida tentativa de impedir a transmissão *causa mortis*, feita na extinta União Soviética no início do século XX, por inspiração de Karl MARX²⁴, foi logo frustrada, restaurando-se em seguida o direito sucessório²⁵. Hoje, não haveria direito sucessório, assim mesmo relativamente a certos bens, apenas nos *kibutz* israelenses²⁶.

²⁰ Neste sentido o sábio Salomão afirmou: “Também eu aborreci todo o meu trabalho, em que trabalhei debaixo do sol, visto como eu havia de deixá-lo ao homem que viesse depois de mim. E quem sabe se será sábio ou tolo? Contudo, ele se assenhoreará de todo o meu trabalho em que trabalhei e em que me houve sabiamente debaixo do sol; também isso é vaidade. Pelo que eu me apliquei a fazer que o meu coração perdesse a esperança de todo trabalho em que trabalhei debaixo do sol. Porque há homem cujo trabalho é feito com sabedoria, e ciência, e destreza; contudo, a um homem que não trabalhou nele, o deixará como porção sua; também isso é vaidade e grande enfado” (Eclesiastes 2.18-21).

²¹ A Constituição portuguesa de 1976 expressamente liga à garantia do direito da propriedade a sua transmissão em vida ou por morte: “Artigo 62º. (Direito de propriedade privada) 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição...” (para esta referência à Constituição portuguesa, utilizou-se a versão baixada da Internet, no *site* <<http://www.parlamento.pt>>, em 11/ago./2004).

²² Neste sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 23.

²³ Cf. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 23.

²⁴ Com efeito, assim se lê em seu Manifesto: “É claro que, no começo, isto não pode ser executado exceto através de incursões despóticas nos direitos de propriedade e nas condições da produção burguesa, através de medidas, portanto, que parecem economicamente insuficientes e insustentáveis, mas que, no curso do movimento, superam-se, necessitam de ulteriores incursões na ordem social antiga e são inevitáveis como meios de revolucionar inteiramente o modo de produção. Estas medidas é claro, não serão as mesmas em todos os países. Contudo, nos países mais avançados, o que se segue será bem aplicado, de modo geral: ...3. Abolição de todo direito de herança” (MARX, Karl. **O manifesto comunista**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 42).

²⁵ Segundo VENOSA, Sílvio de Salvo (*Op. cit.*, p. 19), teria sido restaurado pela Constituição de 1936. Mas ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín (*Op. cit.*, p. 2) afirmam ter sido pelo Decreto de 22 de maio de 1922.

²⁶ Cf. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 23.

Em verdade, segundo nos parece, a distribuição de renda seria facilmente alcançada com um imposto de transmissão progressivo²⁷, tanto em função do valor da herança como em função do grau de parentesco²⁸. Assim, alíquotas maiores para heranças de grande monta e deferidas a parentes mais distantes (v.g. colaterais), e alíquotas menores (ou até nulas) para heranças pequenas e deferidas a parentes próximos (v.g. filhos)²⁹.

Este trabalho tem por objetivo estudar a evolução da sucessão do cônjuge e do companheiro³⁰ no direito brasileiro. É despidendo reafirmar a importância do tema: todas as pessoas nascem dentro de uma família e, em geral, durante sua vida, formam uma outra família (ou, freqüentemente, mais de uma), pelo casamento ou pela união estável, normalmente falecendo na condição de casados ou companheiros e, em regra, deixando bens a inventariar. Segue-se, daí, a importância do estudo do direito das sucessões,

²⁷ A importância para as finanças públicas do imposto de transmissão foi bem retratada na seguinte nota veiculada na **Folha de S. Paulo** (caderno Brasil, seção Painel, 25/jul./2002, p. A4): “O impacto da queda da arrecadação em SP só não foi maior nas contas do Estado porque o caixa recebeu R\$ 50 milhões (suficiente para construir quase meio quilômetro de metrô) de imposto sobre heranças. Um empresário morreu deixando R\$ 1 bilhão de herança”.

²⁸ A idéia de imposto progressivo foi defendida pelo Senador Aloízio Mercadante no Senado, por ocasião da discussão a respeito da reforma tributária (Cf. **Newsletter Síntese** (boletim informativo veiculado na Internet por e-mail, cadastrado no *site* <<http://www.sintese.com>>), 22/set./2003, v. 778).

²⁹ Neste sentido, no Império, a Lei nº. 1.507, de 26 de setembro de 1867, no art. 19, § 1º, isentou do imposto as heranças não excedentes a cem mil réis, estabelecendo também graus diversos de imposto: “A taxa será cobrada no Município da Corte: Em linha reta, na razão do atual selo proporcional; a irmãos, tios irmãos dos pais, e sobrinhos filhos de irmãos, 5%: a primos filhos dos tios irmãos dos pais, tios irmãos dos avós, e sobrinhos netos de irmãos, 10%: Entre os demais parentes até o décimo grau contado por Direito Civil, 15%; entre os cônjuges *ab intestato*, 15%” (Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 2, p. 554-558).

³⁰ Utilizaremos com preferência o termo “companheiro”, cientes de que a expressão não é unívoca e tem sido questionada (curioso, a propósito, o “folclore” citado por ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 60, dando conta da responsabilidade do PT por se evitar o termo: “conta-se que os desembargadores sentiam-se inibidos em proferir votos dizendo conceder direitos à ‘companheira tal’ ou ao ‘companheiro tal’”), por entendermos ainda melhor do que “concubino” (termo que, segundo nos parece, tem sentido mais amplo, abrangendo qualquer espécie de concubinato, mesmo o impuro, que não configura união estável) ou “conviventes”, usada na Lei nº. 9.268/96, que também não nos parece um termo unívoco. Também optou pelo termo “companheiro” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. *In*: **Novo Código Civil: questões controvertidas**. Coordenador: Mário Luiz DELGADO e Jones Figueirêdo ALVES. São Paulo: Método, 2003, p. 417; texto também publicado em: **Temas atuais de direito e processo de família**. Coordenador: Cristiano Chaves de FARIAS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 495-525). Já MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (Direito sucessório no novo Código Civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Organizadores: Frederico A. PASCHOAL e José Fernando SIMÃO. Campinas: Millennium, 2004, p. 328) entende preferível a adoção do termo “convivente”.

especificamente voltado à sucessão de cônjuge ou companheiro, que abrange um elevado percentual das sucessões ocorridas no Brasil³¹.

Pretende-se, partindo de uma perspectiva histórica, demonstrar as tendências legislativas para o tema. O estudo da história tem uma importância marcante: tornar possível vislumbrar as tendências para o futuro, pois, como disse o sábio Salomão, “o que foi, isso é o que há de ser; e o que se fez, isso se tornará a fazer; de modo que nada há novo debaixo do sol”³². Ou, nas palavras de Octavio PAZ, “em tempos de crise, uma sociedade volta seu olhar para o seu próprio passado e ali procura por algum sinal”³³. Ou ainda na poesia de Antônio Hespanha: “O presente olha para o passado e encontra lá a sua imagem, como quem se vê ao espelho”³⁴. Como nota José Reinaldo de Lima LOPES, a

³¹ Dados estatísticos dos últimos censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que a entidade familiar mais tradicional, o casamento, constituído do casal, com ou sem filhos, vivendo sob o mesmo teto, passa a constituir situação em declínio, vez que em termos percentuais aproxima-se daqueles que vivem em união estável, enquanto aproximadamente vinte por cento das entidades é monoparental, cinco por cento constituem parcerias entre pessoas do mesmo sexo e nove por cento de pessoas vivem sozinhas (Cf. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 09/dez./2004). Em 2003, contudo, o número de cerimônias foi 4,7% maior, aumento que, segundo o IBGE, se deve, em parte, ao fato de a igreja católica romana ter promovido diversos casamentos coletivos em parceria com prefeituras de todo o país, com o objetivo de “legalizar as chamadas uniões consensuais”. Paralelamente, cresceram também os números de separações e divórcios no país. Em 1993, foram quase cento e oitenta e três mil, número esse que subiu para mais de duzentos e quarenta e dois mil em 2003 (Cf. **O brasileiro de hoje**. In: <<http://www.globo.com/jornaldaglobo>>. Acesso em: 21/dez./2004). Na Alemanha, menciona ASHTON, Ina Warncke (**Curso de alemão para juristas: Deutschkurs für Juristen**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990, p. 74) que, em 1985, havia dezesseis milhões e seiscentas mil famílias, com quase quarenta e nove milhões de pessoas; ou seja, cerca de oitenta por cento da população alemã (No original: “*In der Bundesrepublik Deutschland gab es 1985 16,6 Millionen Familien, die fast 49 Millionen Menschen – also rund 80% der gesamten Bevölkerung umfaßten*”).

³² Eclesiastes 1.9.

³³ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 17.

³⁴ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Op. cit.*, p. 9. Vide, ainda, a expressiva frase de IGLESIAS, Juan (Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, v. 1, p. 3): “Renasce quem projeta os seus olhos para o mundo antigo, isto é, para a fonte da vida de nosso mundo atual”. Marcantes também as palavras de GINOULHIAC, C. (**Histoire générale du droit français**. Paris: Arthur Rousseau, 1884, p. 6-7): “Não é somente na seqüência de fatos, de eventos que consiste a história de um povo, mas ainda, mas sobretudo no desenvolvimento de suas instituições e de suas leis” (No original: “*Ce n’est pas seulement dans la suite des faits, des événements que consiste l’histoire d’un peuple mais encore, mais surtout dans le développement de ses institutions et de ses lois*”). Mas não se pode perder de vista a lição de GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes (**Direito grego & historiografia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 15-16), no sentido de que há “relativismo epistemológico que denuncia presenteísmo, leitura do antigo com os olhos de hoje... O narrador não é livre de sua época. ...o passado não é só ação, mas ação que se perde no tempo. O historiador tem estilo literário próprio, autoriza-se [a] transitar em miríade de interpretações; a narrativa é imaginação. ...O presente inventa o passado, justificando-o”. Semelhantemente leciona SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da (**História do direito português: fontes de direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 20-21): “Ora, o historiador ao examinar, ao tentar compreender o passado humano, não pode esquecer que o agir do homem tem sempre um *exterior* e um *interior*. Se olhar, apenas, ao *exterior*, compilará um catálogo,

história, como o direito, pode cumprir, nos momentos de mudança, um papel legitimador do *status quo*, um papel restaurador e reacionário, ou ainda um papel legitimador no novo regime, ou, se procurarmos uma expressão mais neutra, um papel crítico³⁵. É esse último papel que se pretende utilizar neste trabalho.

Na medida do possível, analisar-se-ão todos os aspectos da legislação brasileira sobre o tema, seja da legislação que vigorou, seja da legislação meramente projetada, começando pelo direito português que vigorou no Brasil durante todo o Império e até depois dele³⁶, passando pelas tentativas de legislação brasileira do século XIX, pelo monumental Código Civil de 1916, pelas suas modificações, feitas ou projetadas, até

um registro de fatos, mas não fará História. A ação humana é unidade incindível de *exterior e interior*: a ação é a objetivação, no mundo dos fatos, de um estado de espírito, do pensamento do seu agente. Compreender, conhecer uma ação passada é descobrir o seu *porquê* e descobrir o *porquê* é penetrar no pensamento do agente”. CAETANO, Marcello (*Op. cit.*, p. 18-19), contudo, sem deixar de reconhecer que “o historiador tem de evitar o perigo de se arvorar em julgador do passado à luz dos valores do tempo em que escreve a história”, objeta que “nós podemos hoje ter uma idéia mais completa da vida de uma sociedade ou das suas instituições numa época pretérita do que tinha a grande maioria dos homens desse tempo. É que, visto a distância e com o poder ordenador e sistematizador da inteligência, é-nos possível abranger o conjunto com toda a amplitude e assistir à sua evolução, enquanto cada um dos indivíduos da época só conhecia o seu caso pessoal ou aspectos parcelares da vida do seu tempo. É como nas grandes batalhas: cada combatente conhece apenas o que se passa consigo e ignora o desenvolvimento dos sucessos no resto da frente e a marcha dos acontecimentos no seu conjunto, de tal modo que o sentido destes lhe é completamente estranho”.

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 18. Convém mencionar ainda a seguinte lição de AZEVEDO, Luiz Carlos de (**Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 92): “Pois aí se coloca a missão da História, no campo do Direito situada: não justifica o agir daqueles que de tal ou qual modo assim ordenavam, pois esse procedimento seguiu os impulsos da própria sociedade em que viveram, ou se conduziu segundo os interesses, válidos ou não, daqueles que mantinham o poder de assim dispor e contavam com condições propícias a exercê-lo. Mas explica por que as instituições atuais são essas, e não outras, por que subsistem e se conservam; enquanto, outras ainda, já perderam eficácia e encontram-se irremediavelmente superadas”. E ainda a seguinte passagem de GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes (**Direito e história: uma relação equivocada**. Londrina: Humanidades, 2004, p. 32): “As passagens aqui anotadas prestam-se a convocar a reflexão acadêmica no que toca às relações entre história e direito... Menos interessado em concluir (o que é arbitrário), preocupado em instigar (o que é prospectivo), o presente trabalho afirma que a história pode ser apropriada..., em sentido linear e progressivo, para justificação do ordenamento vigente, para formatação de espaço para especulação filosófica, para prova de racionalidade e eficiência do modelo atual, para prantear a tradição ocidental, para ilustrar, para ironicamente criticar o presente com os olhos no ontem”.

³⁶ Bem nota PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (**Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27) que “o Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho de planta, que o colonizador português, - gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente”. Acrescenta, adiante (*Op. cit.*, p. 28), que “o direito lusitano até o fim do século XV é a nossa história por bem dizer pré-colombiana. O nosso direito não vem da semente; mas de um galho, que se plantou”. Não é possível, portanto, estudar o direito que vigorou entre os índios brasileiros antes do descobrimento. No mesmo sentido é a lição de FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. **A mulher casada no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 19. Para uma breve noção a respeito da vida dos nossos antepassados antes de 1500, vide VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 64-68.

chegar no atual Código Civil. Começamos, portanto, a tratar do direito português, focalizando especialmente as Ordenações, que vigoraram no Brasil por longo período.

Em Capítulo seguinte, adentrando no direito brasileiro, estudamos o direito pré-codificado e as tentativas de codificação do século XIX, em especial a Consolidação de Teixeira de Freitas, o Esboço do mesmo autor, os Projetos de Nabuco de Araújo, Joaquim Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, a Consolidação de Carlos de Carvalho e o Projeto Beviláqua.

Passamos em seguida ao direito brasileiro do século XX, principiando pela Lei Feliciano Pena, de 1907, passando pela codificação de 1916, com as modificações ao Código de 1916 operadas pelo legislador no século XX, sobretudo pelo Decreto-Lei nº. 3.200/41, pela Lei nº. 883/49, pela Lei nº. 4.121/62, a matéria tratada no Código de Processo Civil de 1973 a respeito da inventariança, a Emenda nº. 9, de 1977, e a consequente Lei do Divórcio e, por fim, a Lei nº. 6.858/80.

Cuida-se, em seguida, das tentativas de reforma do Código, a começar pelo Anteprojeto de 1941, secundado pelo excelente trabalho de Orlando Gomes, de 1963, até chegar-se ao Projeto de 1975, que resultou no atual Código Civil.

Ao Código Civil de 2002, com análise crítica do novo direito sucessório brasileiro, reservamos Capítulo próprio, que analisa mais detidamente todos os institutos que, direta ou indiretamente, se referem ao direito sucessório do cônjuge.

Passa-se, em seguida, a analisar o instituto do concubinato em todas as fases por que passou no Brasil, desde a sua completa rejeição até o seu reconhecimento em nível constitucional como entidade familiar, com o consequente reconhecimento de direitos sucessórios entre os companheiros.

O estudo do direito estrangeiro³⁷ é relegado para a parte final, tendo em vista o objetivo de traçar uma perspectiva histórico-evolutiva, com adoção do método

³⁷ Evitou-se aqui o emprego da expressão “direito comparado” porque esta melhor designa a ciência (também chamada “ciência da comparação de direitos”, ou “Geografia Jurídica”, como quer CUNHA, Paulo Ferreira da. **Para uma história constitucional do direito português**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 47) que se dedica ao confronto das várias ordens jurídico-positivas (Cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 36), não sendo exatamente neste sentido que aqui se pretende empregar a expressão. Para um estudo comparado de direito sucessório, consulte-se: SANTONJA, Vicente Luis Simó. **Derecho sucesorio comparado**. Madrid: Tecnos, 1968.

cronológico³⁸, para a extração de tendências. Neste passo procuramos analisar o direito de países europeus de formação jurídica mais tradicional que a nossa, que, de uma forma ou de outra, influíram na nossa legislação (Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha). Também tomamos os direitos mexicano, argentino, paraguaio e uruguaio, para extraírmos exemplos latino-americanos. Enquanto o estudo do direito argentino se justifica por ser, ao lado do Brasil, um dos direitos mais tradicionais da América do Sul, o direito mexicano teve seu modelo (mais antigo que o nosso) de concorrência do cônjuge nas demais classes parcialmente copiado no Brasil, e os direitos paraguaio (bastante semelhante ao argentino, sofrendo dele forte influência) e uruguaio, por integrarem, junto com Brasil e Argentina, o Mercosul.

Concluimos o trabalho com proposições legislativas, extraídas da análise histórica feita no seu decorrer e do direito estrangeiro. Juntamos, no Anexo 1, uma gravura de Teixeira de Freitas, que foi, talvez assim possamos chamar, o ponto de partida para a codificação civil no Brasil; no Anexo 2, um quadro sobre a reconquista da Bahia depois da invasão holandesa; e nos Anexos 3 e 4, as propostas legislativas no mesmo assunto feitas, respectivamente, pela Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Esperamos, desta forma, que este trabalho contribua, ainda que minimamente, para a evolução do direito sucessório brasileiro.

³⁸ Anota CAETANO, Marcello (*Op. cit.*, p. 24) que o método cronológico, em contraposição ao método monográfico, tem a vantagem de permitir a consideração, em cada época, do sistema jurídico como um todo, integrado no conjunto das idéias, das crenças, dos hábitos, dos fatos dessa época.

1. A ORIGEM DO DIREITO BRASILEIRO: O DIREITO PORTUGUÊS MEDIEVAL

1.1. Origem do Direito Português

Observa Waldemar FERREIRA que, por mais paradoxal que pareça, a história do direito brasileiro é muito mais antiga do que a história do Brasil. Se esta começa, vista pelo prisma do descobrimento, no século XVI, ou seja, em 1500, a história do direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o direito português. Foi este o que vigorou no Brasil desde que começou a colonizar-se pelos descobridores. Deu-se o traspasso da civilização europeia para a colônia portuguesa da América. O direito lusitano nela se plantou de galho, aplicando-se no campo do direito privado e adaptando-se, até com alguma originalidade, no do direito público, como não podia deixar de ser, no entrelaçamento de duas civilizações, a bem dizer antípodas, no mesmo território imenso, misterioso e selvagem, em que se defrontaram o índio brasileiro, em estado primitivo, e o português já afeito à conquista em terras da África e da Ásia³⁹.

É divergente a origem de Portugal. Enquanto HERCULANO nega a origem nas tribos lusitanas⁴⁰ pré-romanas, dizendo ser impossível ir entroncar com elas a

³⁹ FERREIRA, Waldemar. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, t. 1, p. 23-24.

⁴⁰ AMEAL, João (**História de Portugal**. Porto: Tavares Martins, 1940, p. 8) questiona quem são os lusitanos, respondendo: “As opiniões dividem-se, as sugestões cruzam-se – e não é para aqui o exaustivo propósito de discuti-las. Quer se trate de descendentes diretos dos Ligures, quer se trate de Iberos celtizados – o mais provável é serem um conjunto de povos muito antigamente fixados na Península e que, por isso, se designam de preferência pelo nome impreciso, mas verídico, de pré-celtas”.

nossa história, ou delas descer logicamente a esta⁴¹, Marcello CAETANO não aceita tal orientação, dizendo que “a transição natural entre lusitanos e portugueses existe, embora não haja a identidade quase absoluta que os humanistas e antiquários dos séculos XVI e XVII pretendiam”⁴². E acrescenta que, “em certa altura da História (antes da vinda dos Romanos) já se encontra fixado na faixa atlântica da Península um núcleo de gente que nunca mais de lá foi expulso ou nele foi exterminado. Esse núcleo sofreu invasões, combateu guerras, retraiu-se agora, expandiu-se, umas vezes livre, outras oprimido, mas persistiu sempre”⁴³.

A civilização dos povos fenícios, celtas, gregos⁴⁴ e cartagineses, na Península Ibérica, quase desapareceu no contato com a dos romanos, que, após a destruição de Cartago, em 146 a.C., atraíram todos esses povos para a órbita da sua *civitas*, tornando-os com o tempo cidadãos romanos⁴⁵. A invasão dos godos e visigodos, após a queda do Império Romano (476 d.C.), não podia alterar profundamente uma civilização superior; e mais tarde o domínio dos árabes (711 a 1492 d.C.) não se impôs de modo definitivo sobre os povos latinos⁴⁶.

Portugal⁴⁷ formou-se como reino apenas no século XII⁴⁸. Lá coexistiam, até esta época, quatro sistemas jurisdicionais: Comunitário-concelhio – das comunidades

⁴¹ HERCULANO, Alexandre. **História de Portugal**. 8. ed. Lisboa: Betrand, [191?], v. 1, p. 29-30. O autor, mais adiante (*Op. cit.*, p. 38) chega a dizer que “o primeiro escritor, conhecido por nós, que usou da palavra *lusitani* para designar os portugueses foi o desgraçado bispo d’Évora D. Garcia de Meneses, vítima desse mesmo amor exagerado das coisas romanas que fez triunfar o poder absoluto de D. João II da organização política da idade média, e que, em literatura, levava aquele prelado a dar aos seus compatriotas o nome coletivo de uma porção de tribos célticas da antiga Hespanha”.

⁴² CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 57.

⁴³ CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁴ Com apoio em HERÓDOTO, afirma MATOSO, António G. (**História de Portugal**. Lisboa: Sá da Costa, 1939, v. 1, p. 26) que os gregos, seguindo o caminho dos fenícios, chegaram à Península em 637 a.C.

⁴⁵ Observa AMEAL, João (**Breve resumo da história de Portugal**. Lisboa: [s.e.], [19--], p. 9-10) que “as diversas gentes chegadas, em sucessivas ondas, à Península – Gregos, Fenícios, Cartagineses, Romanos por fim – encontram, a ocupar e a habitar as terras, núcleos primitivos, com usos e hábitos definidos, um esboço de civilização, uma escrita simbólica, edificações guerreiras, crenças religiosas, monumentos aos mortos da grei”. Mas CAETANO, Marcello (*Op. cit.*, p. 57) anota que a romanização durou 800 anos e não foi tão profunda como HERCULANO pensava.

⁴⁶ Cf. CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 13.

⁴⁷ Anota AMEAL, João (**Breve... cit.**, p. 10) que o nome Portugal deriva de “*Portu-cale*, derivado de dois castros existentes nas duas margens do Douro, em que se pagava o imposto romano do *portorium*”. No mesmo sentido, diz PERES, Damião (**História de Portugal**. Porto: Portucalense, 1951, v. 1, p. 18): “De longa data existia junto à foz do rio Douro um núcleo urbano, que foi berço da atual cidade do Porto, e se chamava *Portucale*, antiga forma latina que já no século X, por vezes, se dizia *Portugale*, mutação

camponesas; Senhorial – jurisdição de recurso ou apelação (julgava-se também os vassallos e os oficiais do poder); Sistema eclesiástico – ligado ao crescimento do direito canônico; Sistema régio – julgamento dos costumes e eliminação dos costumes não razoáveis⁴⁹.

Quando o Condado Portocalense em 1140, com Afonso Henriques, se separou da Espanha, o direito romano⁵⁰ ocidental constituía a base do sistema jurídico dos dois países. Com a renovação dos estudos jurídicos, promovida pela Escola de Bobnha (séculos XI e XII), as leis de Portugal cada vez mais assumiram caráter romano. Assim eram as leis organizadas e ordenadas por Afonso V, em 1446, nas chamadas Ordenações Afonsinas. Ao direito romano se recorria diretamente na falta de normas especiais. Diversa não foi a situação, após as Ordenações Filipinas, pelas quais o espanhol Filipe II, rei da Espanha e de Portugal, substituiu em 1603 as Ordenações anteriores. As Ordenações Filipinas foram confirmadas e revalidadas pela lei de 20 de janeiro de 1643⁵¹.

fonética bem explicável aliás”, acrescentando que “data do ano 938, o mais antigo documento em que a denominação *Portugal* aparece empregada com sentido genérico, designando em conjunto todas as terras de valorização mais recente, as que se alongavam ao sul do rio Minho, doravante desintegradas toponimicamente da Galiza”.

⁴⁸ ALMEIDA, Fernando H. Mendes de **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, Prefácio, p. 5) anota que “o reino de Portugal não foi, outrora, o que hoje, territorialmente é o país desse nome. Chamou-se Lusitânia, nome que, depois, se estendeu a toda a região da península ibérica chamada hoje Portugal, de que as extremas atuais são mais dilatadas”. E mais adiante (*Op. cit.*, p. 9) questiona e responde: “Como se formou nas Espanhas, o país hoje conhecido pelo nome de Portugal? Para se responder a esta pergunta, recordemos que Afonso VI reuniu Leão, Castela, Galácia e Lusitânia. Veio ele, ademais, a casar-se com D. Teresa, primogênita de Henrique da Borgonha, descendente – ao que corre – de Hugo Capeto, tronco 3º. dos reis de França. E Afonso VI logo se fez amigo dos portugueses, que lhe conferiram o título de conde. Falecido, entretanto, em 1111, D. Teresa assumiu as rédeas do governo até 1128, data em que seu filho, sob os nomes de Infante e depois Príncipe Afonso Henriques, assumiu o poder. Na batalha de Ourique em 1139, após retumbante vitória sobre os mouros, foi Dom Afonso Henriques aclamado Rei de Portugal”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (*Op. cit.*, p. 28-30) fala em oito “épocas” do direito português: 1) dos tempos primitivos até a redução da Espanha a província romana; 2) da ocupação romana até a invasão germânica; 3) da invasão bárbara até à sarracena; 4) da dominação moura à fundação da monarquia portuguesa; 5) da fundação da monarquia até D. João I; 6) de D. João I a D. Manuel; 7) de D. Manuel a D. José; 8) reformas do Marquês de Pombal. E ALTAVILA, Jayme de (**Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989, p. 224) diz que “a proto-história do direito português começa em 1097, com o casamento do Conde D. Henrique de Borgonha com D. Teresa, princesa de Leão”. Não obstante, estudaremos apenas o período que se pode chamar propriamente de direito português.

⁴⁹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁰ A importância do direito romano foi bem retratada por Van WETTER, citado por ARRUDA, João (**Do casamento**. São Paulo: Manderbach, 1911, p. 4): dos 2.883 artigos do Código belga, 925 eram conformes ao direito romano, 681 eram nistos (nem inteiramente conformes, nem inteiramente diferentes), e 677 eram contrários ou desconhecidos do direito romano.

⁵¹ Cf. CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Op. cit.*, p. 13-14.

Ao assumir o trono, D. Dinis⁵² (1279-1325) logo revelou o seu empenho de incentivar a economia e a cultura em Portugal. Assim é que não escapou também aos propósitos do “Rei Trovador” o desenvolvimento das ciências jurídicas, sobressaindo-se nessa área, em seu governo, dois importantes acontecimentos. O primeiro acontecimento diz respeito à tradução e aplicação em território português da Lei das Sete Partidas. Promulgada por Afonso X da Espanha em 1263, essa lei estava baseada no direito romano e no direito canônico⁵³. Nesse período, informa-nos Luiz Carlos de AZEVEDO, as filhas já concorriam na sucessão em igualdade de condições com seus irmãos quando da morte de um dos pais, situação que permaneceu assim após a promulgação da Lei Mental⁵⁴. Mas o confinamento doméstico da mulher⁵⁵ só foi realmente atenuado sob a coroa de Afonso IV, que concordou que as mulheres de boa fama pudessem testemunhar em todos os feitos, salvo em casos de morte. Prevenindo a possibilidade de desbarato dos bens pelas viúvas, pelo pouco conhecimento que teriam em administrá-los, uma lei de 1343 estabeleceu que os juízes lhes deviam dar um curador para que elas e os que houvessem de herdar não sofressem dano⁵⁶.

O segundo acontecimento refere-se à fundação da Universidade de Coimbra⁵⁷, de cujo currículo constava o ensino dos dois citados direitos. Em razão de tais acontecimentos, pode-se dizer com José Gomes CÂMARA: “É certo que desde D. Dinís

⁵² Há autores que grafam o nome do citado monarca como “Diniz” (vide, v.g., VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 44); outros o grafam como “Dinís” (vide, v.g., CÂMARA, José Gomes B. **Subsídios para a história do direito pátrio**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1966, t. 3, p. 62); mas a maioria dos historiadores a ele se referem como “D. Dinis” (vide, v.g., ALTAVILA, Jayme de. *Op. cit.*, p. 225; CAETANO, Marcello. *Op. cit.*, p. 45; MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito**. Coimbra, 1948, v. 1, p. 75; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 87; NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 195).

⁵³ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 194.

⁵⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 29.

⁵⁵ Para um estudo aprofundado sobre a condição jurídica da mulher, além da citada obra de Luiz Carlos de AZEVEDO, consulte-se: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História das mulheres: a Antiguidade**. Tradução: Maria Helena da Cruz COELHO, Irene Maria VAQUINHAS, Leontina VENTURA e Guilhermina MOTA. Porto: Afrontamento, 1993, v. 1.

⁵⁶ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 33.

⁵⁷ Esta famosa Universidade foi fundada em 1290, na cidade de Lisboa. Somente em 1307 é que se deu a sua transferência para Coimbra. Mas já em 1338 ela retornava a Lisboa, onde funcionou até 1354, pois nesse ano era novamente levada para Coimbra. Em 1337, mais uma vez mudada para Lisboa, veio a ser definitivamente transferida para Coimbra em 1357 (Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 194). Anota ALTAVILA, Jayme de (*Op. cit.*, p. 225) que D. Dinis fundou a Universidade “para poupar aos portugueses o incômodo e despesas de viagens, bem custosas naquelas eras”. Acrescenta MARTINS, J. P. Oliveira (**História de Portugal**. 9. ed. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira, 1917, v. 1, p. 50) que “duas vezes, quando D. João II e o marquês de Pombal reformaram a Universidade; duas vezes se importaram mestres estrangeiros”.

há vestígios de que pouco a pouco o Direito romano vinha penetrando nos usos, nas praxes, do que seria possível chamar-se de foro lusitano”⁵⁸. E o mesmo também se pode dizer do direito canônico, este, talvez com maior incidência, a partir das leis gerais de 1210. Mas, entre outras tantas iniciativas, “foi D. Dinis o Rei verdadeiramente criador do espírito nacional português”⁵⁹. Data do seu reinado a obrigatoriedade do uso da língua pátria nos documentos públicos, antes escritos em latim. Ainda a D. Dinis deveram-se algumas providências de caráter processual, tais como: a) separação da jurisdição militar da jurisdição civil; b) aplicação de novas normas na administração da justiça através da Lei das Pontarias⁶⁰; c) regulamentação do direito de apelar diretamente para o rei⁶¹.

Foi no reinado de D. João I (1385-1433) que se acelerou o movimento iniciado por D. Dinis, movimento do qual resultaria, também em Portugal, o fenômeno da “recepção do direito romano na Idade Média”⁶². Nessa fase, coube papel saliente ao célebre João Fernandes de Aregas (ou João das Regras, como ficou conhecido), considerado o maior jurista lusitano do seu tempo⁶³. A ele foi dada a grande e difícil incumbência de elaborar a codificação das leis portuguesas, já existentes em elevado número e, por isso mesmo, muitas vezes contraditórias e conflitantes. Na mesma fase, ter-se-ia cogitado da tradução do *Corpus Iuris Civilis*, o que, porém, parece não ter sido realizado; pelo menos, não o foi por João das Regras⁶⁴. Morto em 1404, não chegou João

⁵⁸ CÂMARA, José Gomes B. *Op. cit.*, p. 62.

⁵⁹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. 1, p. 93.

⁶⁰ Esta lei tinha por fim evitar manobras de retardamento dos processos provocados por “advogados trampões, que perlongam os feitos com cotas cavilosas” (SILVA, Antonio de Moraes. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Empresa Literária, 1889, t. 2, p. 468).

⁶¹ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 195.

⁶² NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 196.

⁶³ Anota, a propósito, SOUSA, Antonio Sergio de (*Historia de Portugal*. Tradução: Juan Moneva y PUYOL. Barcelona: Labor, 1929, p. 48) que João das Regras era um jurista habilíssimo e um dos partidários mais úteis da causa revolucionária (No original: “...*Juan das Regras, legista habilissimo, uno de los partidarios más útiles de la causa revolucionaria*”).

⁶⁴ É o que sustenta CÂMARA, José Gomes B. (*Op. cit.*, p. 70-71): “Não há, portanto, margem para considerar-se outra época como aquela em que efetivamente foi recebido no reino de Portugal o Direito romano, senão o reinado de D. João I, sendo João das Regras o verdadeiro artífice da recepção. No atinente a tal recepção, em Portugal, há uma lenda que deve ser desfeita. É aquela em que se afirma ter havido uma certa versão do Código de Justiniano, para a linguagem corrente, de autoria de João das Regras. Essa notícia teve curso em Portugal e suas possessões, graças a dois escritores, a quem não seria possível negar algum mérito no âmbito da literatura, de um modo geral, nunca, porém, no domínio da História, vista como ciência, indagação séria e acima de tudo, um campo onde a crítica é indispensável, pois suas deduções, neste ramo do conhecimento, muito deixam a desejar. Foram eles Duarte Nunes do Lião e Diogo Barbosa Machado, sendo, nesta parte, o primeiro, pelo menos, secundado por Manuel de

das Regras a levar a termo a sua vasta e dificultosa tarefa. Continuada por João Mendes, que igualmente não a concluiu, coube a Rui Fernandes lhe dar o arremate definitivo em 1446, portanto, já no reinado de Afonso V (1446-1481)⁶⁵. Dessa época é a Lei Mental⁶⁶, com as reservas da indivisibilidade, primogenitura e masculinidade, que acabou sendo promulgada nas cortes que se realizaram em Santarém, em 8 de abril de 1434⁶⁷.

1.2. As Ordenações do Reino

Só se pode propriamente falar em direito português a partir das Ordenações⁶⁸. Como acentua Álvaro Mayrink da COSTA, a palavra “Ordenações”, no seu conceito amplo, sinônima de leis, foi tradicionalmente adotado em um duplo sentido: a) ora significando ordens, decisões ou normas jurídicas avulsas, com caráter regimental ou não; b) ora significando as coletâneas que dos mesmos preceitos se elaboraram, ao longo da história do direito português. Utiliza-se o singular ou o plural, respectivamente, conforme se aluda a um preceito determinado (a Ordenação do Livro IV, Título 5º., § 2º.) ou a um corpo de leis (as Ordenações da Fazenda). Mas nem sempre se registra o emprego metódico destas duas variantes. A forma plural foi a que veio a prevalecer nos autores mais recentes e é a que se usa, em regra, na atualidade. Ordenações do Reino, por antonomásia,

Faria e Sousa, mas, ao primeiro destes, obviamente, deve-se a origem de tantas errôneas afirmativas em tal sentido e que o tiveram como ponto de partida”.

⁶⁵ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 196-197.

⁶⁶ Anota SOUSA, Antonio Sergio de (*Op. cit.*, p. 65) que essa lei foi assim chamada para expressar, com sofisma, que estabelecia o que D. João tinha em sua mente ao fazer doações: que somente poderiam ser transmitidas por linha direta masculina (No original: “...la ley ‘mental’, llamada así para expresar, con sofisma, que establecía lo que don Juan tenía em su mente al hacer las donaciones: que solamente podrían ser transmitidas por línea directa masculina”).

⁶⁷ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 34.

⁶⁸ Anota PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (*Op. cit.*, p. 36-37) que, “antes da codificação afonsina, houve tentativas, conhecidas por ‘Livro das Leis e Posturas’, ‘Livro das Leis antigas’ e ‘Ordenações de Dom Duarte’, mas deficientes, e delas não restam senão fragmentos, e de algumas leis somente cópias, de datas duvidosas, em linguagem obsoleta e descuidada, mal pontuadas e sem gramática. De D. Afonso I e do filho não ficaram textos de leis; de Sancho II, nenhum; de Afonso II, porém, seu antecessor, possuem-se alguns, em que se alude a leis escritas anteriores a ele e comuns a todo o reino”.

constituem os três sucessivos códigos que recebem o nome de Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas⁶⁹.

Da primeira compilação portuguesa foi encarregado João Mendes e, por morte deste, o Dr. Rui Fernandes. Concluiu-se e publicou-se em 1446, em nome de D. Afonso V, sendo regente o infante D. Pedro, depois de a reverem Rui Martins e Fernão Rodrigues⁷⁰. Convém citar, a propósito das Ordenações Afonsinas, o seguinte texto de COELHO DA ROCHA:

“Se quiséssemos ajuizar destas Ordenações pelas idéias do século atual, muito haveria que censurar: porém, se remontarmos à era, em que foram compiladas, e nos rodearmos das circunstâncias, costumes e máximas, que então vogavam, não só havemos de escusar, mas ainda admirar os seus autores; os quais com poucos subsídios, e sem modelo empreenderam este Código, o primeiro de toda a Europa depois dos da meia idade. Falta-lhe, é verdade, unidade de plano. A mistura das disposições do Sistema Feudal, que decaía, com os princípios do Direito Romano e Canônico, que se acreditavam, deixou nelas contradições e inconseqüências, que debalde procuraremos conciliar. Porém se nas Ordenações posteriores alguma filosofia se pode descobrir, é aos compiladores das Afonsinas, que ela se deve; porque os das outras pouco mais fizeram, do que em parte copiá-las sem atenção à mudança dos tempos; em parte mutilá-las, e torná-las dificultosas de entender por falta das íntegras, e omissão dos motivos, que as tinham ditado, os quais a cada passo precisam ser indagados”⁷¹.

Mas José CÂMARA contesta estes argumentos, tendo em vista que a Lei das Sete Partidas, muito anterior às Ordenações Afonsinas (1256-1265) não foi seguida. Argumenta o autor que a legislação romana, muito mais antiga, continuou a ser a base mediata das codificações de direito privado e “o eterno código do direito privado”⁷².

Após as Afonsinas, várias foram as causas que levaram a uma nova compilação: o intenso comércio que se desenvolvia nas repúblicas mediterrâneas havia sofrido quebra de continuidade, ao cerrarem-se as portas de Constantinopla, escala obrigatória das matérias-primas e das especiarias provindas do Oriente. Por isso,

⁶⁹ Cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. 1, p. 196.

⁷⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 38.

⁷¹ COELHO DA ROCHA, M. A. **Ensaio sobre a história do Governo e da legislação de Portugal**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1843, p. 128-129.

⁷² CÂMARA, José Gomes B. **Subsídios para a história do direito pátrio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasileira, 1973, t. 1, p. 26, 40 e 54.

incrementaram-se os empreendimentos marítimos, na busca de outro caminho para as Índias, sem desprezar o assentamento nas terras já descobertas, tarefa que, a par de ingente, repercutia na necessidade de atualizar-se a legislação, para que essa viesse atender aos emprazamentos, aos contratos com financiadores e armadores, e às numerosas questões jurídicas resultantes de todo este complexo de relações estabelecidas no trato comercial. Além disso, cumpria substituir a compilação vigente por outra mais moderna, ajustada ao século do humanismo e às profundas alterações ocorridas no campo político, científico, econômico e cultural⁷³. Mais ainda: a descoberta da imprensa e o seu advento no Reino mostravam a conveniência de levar à estampa uma nova ordenação, já livre dos erros, imperfeições e lacunas que as Afonsinas carregavam, acrescentando-se, na oportunidade, as disposições editadas no interstício⁷⁴. Por último, ao lado de tantos feitos, parece provável pretendesse D. Manuel deixar seu nome ligado também à obra legislativa; todos esses fatores conjugados levaram à edição das Ordenações Manuelinas, as quais tiveram uma primeira impressão, em 1514⁷⁵, sendo esta destruída, no entanto, por ordem régia; promulgou-se nova edição, em 1521, poucos meses antes da morte do monarca. O estilo se altera para o decretório, não mais figurando aquela referência à origem da determinação, embora, muitas vezes, a lei não se modifique, a não ser quanto à simplificação do texto, aliás, nem sempre alcançada. Mas, de qualquer modo, representou a obra um progresso na técnica de elaboração legislativa, podendo ser considerada como uma das precursoras dos métodos e sistemas que seriam adotados nos códigos modernos⁷⁶. Como nota Jayme de ALTAVILA, não seria admissível, em uma era em que professores portugueses ensinavam nas Universidades de Paris, Toledo, Bourges e Beauvais, que o “Rei Venturoso”, criando a

⁷³ Anota, a propósito, o elaborador (não identificado) do Prólogo das Ordenações Manuelinas (*Op. cit.*, p. VI): “Ele [O Rei D. Manuel] com efeito começou logo a dar providências sobre alguns artigos, que mais as exigiam; porque talvez distraído com os graves cuidados do governo lhe não era ainda possível entrar na vasta empresa da reforma do Código Nacional; de maneira que esta importante obra só veio a principiar-se, segundo parece, no ano de 1505, que era já o décimo do seu Reinado”.

⁷⁴ A propósito, na “Prefação” das Ordenações, justificou-se: “Esta necessidade se torna ainda maior, quando os Compiladores, sem se abalçarem a criar uma nova Legislação, usaram todavia da liberdade de mutilar, ou interpolar uns lugares, e reunir, ou dilacerar outros, como consta que fizeram entre nós todos os encarregados deste gênero de trabalho desde o Reinado do Senhor Rei D. Manoel, e mais que todos os Compiladores do Código Filipino: vindo assim a ser umas vezes difícil, e outras impossível entender certos lugares do dito Código, sem que se consulte a fonte, em que eles se acham em toda a sua inteireza” (Cf. **Ordenações Manuelinas: Livro I** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984, Prefação, p. III).

⁷⁵ Observa PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (*Op. cit.*, p. 40) que “as Ordenações de Dom Manuel provêm de 1514, de acordo com a reforma de que o rei encarregara, em 1505, a Rui Botto, Rui da Grã e João Cotrim”.

⁷⁶ Cf. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 38.

maravilhosa arte manuelina, deixasse de enquadrar nela, como parte estilística, novas Ordenações, representativas do seu nome⁷⁷.

No curso da vigência das Ordenações Manuelinas, já se assinalou o constante afluxo de leis suplementares ou extravagantes. Mas, em 1569, portanto, já no reinado de D. Sebastião (1568-1578), essas leis foram compiladas por Duarte Nunes de Leão, dando nascimento ao chamado Código Sebastião, que passou a vigorar ao lado das Ordenações Manuelinas. Após salientar que “a nova codificação concluída por Leão é, como se tem afirmado, um trabalho preparatório das reformas gerais, que seriam levadas a efeito por Felipe II”, esclarece José Gomes CÂMARA:

“Não se trata a rigor de uma coleção de extravagantes no diploma consolidado com técnica e até certa dose de bom gosto pelo licenciado da Casa da Suplicação. É antes uma compilação adicional, uma consolidação, como diríamos hoje; possui um sistema, coordenado segundo um plano previamente estudado e delineado”⁷⁸.

É todavia importante notar que esta coleção tem força de lei; e que Duarte Nunes de Leão não se limitou a transcrever as leis, antes sintetizou o conteúdo preceptivo de cada uma delas, pelo que a sua obra é formalmente nova, e não mera compilação⁷⁹. O trabalho do acatado jurista português dividiu-se em seis partes, assim distribuídas: Parte I – Dos Ofícios e Regimentos dos Oficiais; Parte II – Das Jurisdições e privilégios; Parte III - Das Coisas Judiciais; Parte IV – Dos Delitos, dos Atos Ilícitos e das Contravenções; Parte V – Da Fazenda Real; Parte VI – Coisas Extraordinárias⁸⁰.

Portugal teve, todavia, fora do seu solo europeu, o último representante válido da dinastia de Avis e recebeu, igualmente de terra estranha⁸¹, as cabeças coroadas da dinastia Castelhana-Austríaca⁸². Os Filipes que dominaram a nação portuguesa⁸³ deixaram

⁷⁷ Cf. ALTAVILA, Jayme de. *Op. cit.*, p. 226.

⁷⁸ Cf. CÂMARA, José Gomes B. *Op. cit.*, t. 1, p. 148.

⁷⁹ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1978, p. 116.

⁸⁰ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 202.

⁸¹ A propósito, escreve CAETANO, Marcello (*Op. cit.*, p. 32): “Os Filipes foram reis de Portugal ao mesmo tempo que eram reis de Espanha, mas tendo-se comprometido a não anexar os dois reinos. Havia uma união pessoal de Portugal e da Espanha em virtude de o rei ser o mesmo. Mas os tronos eram dois e, por isso, se diz ‘Filipe II de Espanha, I de Portugal’”.

⁸² Conta AMEAL, João (**Breve... cit.**, p. 61-63) a história da assunção dos Filipes ao poder em Portugal: “Desaparecido D. Sebastião, desaparecida, com ele, a melhor parte da fidalguia portuguesa, a Nação fica imersa em desolação e assombro. Ruiu o grande sonho católico e imperial! Desabou sobre nós a mais

traços vivos no corpo legal do reino, uma vez que se impunha trabalho de monta no joio da legislação extravagante que vicejara juntamente com o trigo. Acresce que os princípios canônicos do Concílio de Trento haviam sido adotados por D. Sebastião e a sua funda penetração no Direito português traziam em consequência o relegamento dos postulados romanos que prestigiavam a autoridade intocável da realeza. Contudo, o interesse estatal havia de deter, mais uma vez, o assalto canônico e, em 5 de junho de 1595, um alvará régio determinava o enfeixamento das Ordenações Filipinas, iniciando-se, assim, no Estado Português, a primeira revogação de leis por parte direta do trono⁸⁴. Foram compiladores

funesta catástrofe! Logo se compreende estar o horizonte coberto de sombras – e o futuro cheio de ameaças. Na incerteza sobre a sorte do Rei, é o velho Cardeal D. Henrique declarado apenas Curador e Governador do Reino. Chega, porém, D. Fernando de Sousa que traz um documento em que Belchior do Amaral assegura ter dado sepultura por suas mãos ao corpo do Monarca. E o Cardeal sobe oficialmente ao trono. Por quanto tempo? A sua idade proecta e a sua saúde precária anunciam reinado muito breve. Quem poderá suceder-lhe? Entre os vários pretendentes que surgem (alguns sob alegações extremamente fantasistas), três se salientam: D. Catarina, Duquesa de Bragança, neta de D. Manuel I por seu pai, o Infante D. Duarte; D. Antônio, Prior do Crato, bastardo do Infante D. Luís e de Violante Gomes, a ‘Pelicana’; e Filipe II, Rei de Espanha, filho da Infanta D. Isabel, primogênita do *Venturoso*. Não é para aqui o debate minucioso acerca dos direitos dos três candidatos. Diga-se apenas, sumarissimamente, que o direito nacional e tradicional estão com D. Catarina; certa popularidade rodeia D. Antônio, que se mostrou guerreiro intrépido e se agita agora em defesa das suas aspirações à Coroa; e no Soberano madrilenho coincidem os prestígios formais da linha de primogenitura e, sobretudo, a força do seu ouro e das suas tropas. O Cardeal-Rei ainda esboça uma quarta solução: conseguir uma licença para contrair matrimônio e deste modo lograr um herdeiro que possa suceder-lhe ‘tranqüila e pacificamente’ – segundo diz, numa carta ao Pontífice. Mas isto não passa de bem intencionada quimera, já que a velhice e a doença lhe roubam validade para tanto. Dura apenas ano e meio esta situação – entre as diligências e manobras dos pretendentes e a ansiedade crescente do povo, que teme, acima de tudo, o governo estrangeiro. Quando morre D. Henrique, a 31 de janeiro de 1580, há uma crise de alguns meses, provocada pelo sobressalto patriótico dos amigos do Prior do Crato que o aclamam Rei em Santarém, numa atmosfera calorosa semelhante à de 1383, quando a plebe lisboeta ergueu o Mestre de Avis. De fato, encontra D. Antônio em Lisboa acolhimento entusiástico. Há um belo arrepio de fervor nacionalista nos que lhe confiam as suas esperanças de escapar ao jugo intruso. Mas pouco dura a ingênua ilusão. O Duque de Alba, enviado por Filipe à testa de numeroso exército, ocupa larga zona de território português, alcança Lisboa e destrói, em Alcântara, as improvisadas hostes do Prior de Crato. Perseguem-no depois os espanhóis na sua rota de fugitivo à procura de um baluarte em que sustente ainda uma causa perdida. E D. Antônio – apesar da coragem inegável com que se bate até o fim – tem de ceder perante a desproporção das forças. Em dezembro de 1580, entra Filipe II, que recebe cumprimentos e convoca as Cortes para Tomar, em abril do ano seguinte. Aí se concerta o estabelecimento da Monarquia dualista – duas nações distintas unidas apenas pela pessoa do Monarca. São-nos dadas substanciais garantias – e todos os atributos da soberania nacional (leis, governo, administração da justiça, moeda, língua) se conservam. Portugal – ao que assevera o historiador espanhol Julião Maria Rúbio – não é tratado como país conquistado, mas como ‘uma monarquia que se incorpora à espanhola sem confundir-se com ela’. Esta é a situação de início – que, ao longo dos sessenta anos que durará o governo filipino, tenderá cada vez mais a modificar-se em proveito do crescente centralismo de Madrid. Filipe II observa com certo escrúpulo os seus compromissos. Menos escrupulosamente os observa Filipe III. E Filipe IV ainda menos”.

⁸³ Segundo MARTINS, J. P. Oliveira (*Op. cit.*, p. 55), nos primeiros três séculos, Portugal é uma nação, mas não uma nacionalidade; existe, pois, pela vontade enérgica dos chefes militares, de uma elite de direção, mas não tem unidade de raça nem fronteiras naturais.

⁸⁴ Escreveu, a propósito, o próprio Rei D. Filipe, no Prólogo que precedeu as Ordenações (*Op. cit.*, p. 28): “...vindo a suceder na Coroa destes Reinos e Senhorios, houvemos por mui necessário entender sobre o Governo da Justiça, que não menos que as Armas faz vencer pela concórdia e assossego, que dela segue: pelo qual vendo Nós, que depois da recopilação dos 5 livros das Ordenações, que El Rei D. Manuel, meu Senhor e Avô, de gloriosa memória, mandou fazer, se fizeram novamente outras muitas Leis pelos

das Ordenações Filipinas: Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Jorge de Cabedo, Damião de Aguiar; revisores: Melchior do Amaral, Jorge de Cabedo, Diogo da Fonseca, Damião de Aguiar e Henrique de Souza, Desembargadores do Paço e juristas de projeção na sua época⁸⁵. Anota José Reinaldo de Lima LOPES que “não se tratava de um código, no sentido moderno, mas de uma consolidação de direito real. As *Filipinas*, especialmente, são criticadas pelas contradições e repetições, perfeitamente compreensíveis quando se sabe que nem pretendiam ser um código (não há partes gerais sobre atos, negócios, pessoas, etc.) nem desejava o rei castelhano impor novidades a Portugal, preferindo manter (consolidando) o que já havia”⁸⁶. Bem por isso diz PONTES DE MIRANDA que “as Ordenações Filipinas, elaboradas sob dois reis espanhóis reputados intrusos, foram atos de sedução, com que os dois Felipes tentaram cativar a estima do povo português, que governavam, e ao mesmo tempo reagir contra o realce do Direito Canônico, que D. Sebastião tanto favorecera, a ponto de, sem restrições, aceitar em Portugal o Concílio de Trento”⁸⁷.

Destino singular o das Ordenações Filipinas: feitas e promulgadas sob reis intrusos, que não figuram nas galerias, como se a História ainda teimasse em não reconhecer a usurpação espanhola, foram revalidadas e confirmadas pelo novo rei nacionalista (1643) e vitorioso; e – no solo americano – com a Independência do Brasil e, depois, com a República, duas vezes se confirmaram e persistiram. Como em 1640, o Código de 1603 resistiu à quebra dos laços políticos entre Portugal e o Brasil, que se fez independente, e, ainda depois de revogado em Portugal, ao desmoronamento do trono imperial brasileiro. É deveras admirável que a codificação acoimada de “desnecessária, intempestiva e publicada com dolo” (Lei de 25 de maio de 1773), “supérflua e maquinada por astutos e infieis compiladores movidos por mútuos e particulares interesses”, segundo dizia outra Lei, a de 25 de janeiro de 1775, permanecesse em vigor, fora da Europa, de

Senhores Reis nossos antecessores e por Nós, as quais andavam fora dos ditos cinco livros espalhados, em modo que os Julgadores não tinham delas notícia, do que se seguia às partes grande prejuízo, e em algumas havia diversos entendimentos, e por outras não era provido a muitos casos que ocorriam. Querendo a isso prover, determinamos com pessoas do nosso Conselho e Desembargo reformar as ditas Ordenações, e fazer nova recopilação, de maneira que de todos, assim dos Letrados, como dos que o não são, se possam bem entender”.

⁸⁵ Cf. ALTAVILA, Jayme de. *Op. cit.*, p. 227.

⁸⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 268-269.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 42.

1603 até 31 de dezembro de 1916. Resistiu a três mudanças políticas radicais, - a de 1640, a de 1822, e a de 1889⁸⁸.

Cada Ordenação se dividiu em cinco Livros⁸⁹, versando estes sobre as seguintes matérias⁹⁰: Livro I – Direito Administrativo e Organização Judiciária; Livro II – Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos estrangeiros; Livro III – Processo Civil; Livro IV – Direito Civil e Direito Comercial; Livro V – Direito Penal e Processo Penal. Na verdade, a natureza das matérias contidas nas três Ordenações era a mesma, embora o seu conteúdo apresentasse pontos divergentes. Como diz Jayme ALTAVILA, elas “não poderiam deixar de ser a espelhação das fases evolutivas de sua excitante existência, conquistada geograficamente aos árabes e juridicamente aos romanos”⁹¹. Afinal, a consequência natural e lógica era o aperfeiçoamento do processo de codificação das leis portuguesas, ainda que das primeiras para as outras duas Ordenações não houvesse operado uma diferença muito acentuada. Assim, como diz Ferreira COELHO: a) as Ordenações Afonsinas consolidaram as leis promulgadas desde Afonso II, as resoluções e determinações das cortes desde Afonso IV, as concordatas de D. Dinis, de D. Pedro e de D. João, adotaram muitas disposições completas do direito romano e do direito canônico; também o Código das Sete Partidas fornecera disposições inteiras; e os costumes e os estilos de todo povo português nelas figuraram, convertidos em disposições escritas; b) as Ordenações Manuelinas reuniram em um só corpo as leis extravagantes às Ordenações Afonsinas; c) as Ordenações Filipinas se limitaram a copiar as Ordenações Manuelinas, inserindo-lhes aqui e ali leis posteriores⁹².

⁸⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 42.

⁸⁹ Anota AZEVEDO, Luiz Carlos de (*Op. cit.*, p. 37-38) que essa divisão acompanhou, provavelmente, o modelo das Decretais do Papa Gregório IX.

⁹⁰ Para esta e as demais citações das Ordenações Afonsinas, utilizou-se a edição publicada pela Fundação Calouste Gulbenkian em Lisboa em 1984, com 5 volumes; para as Ordenações Manuelinas, semelhantemente, utilizou-se a edição publicada pela Fundação Calouste Gulbenkian em Lisboa em 1984, com 5 volumes; por fim, para as Ordenações Filipinas, utilizou-se a edição publicada pela Saraiva em São Paulo em 1957 (1º. volume), 1960 (2º. volume) e 1966 (3º. e 4º. volumes), com 4 volumes (Livros IV e V englobados em um só volume).

⁹¹ Cf. ALTAVILA, Jayme de. *Op. cit.*, p. 229.

⁹² Cf. COELHO, A. Ferreira. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920, v. 1, p. 202, 204 e 213.

1.3. O Casamento em Portugal

Os doutrinadores portugueses, em geral, admitem que foram três as espécies de casamento conhecidos e praticados, na Idade Média, em Portugal: o “casamento de benção” (*ad benedictionem*), o “casamento de pública fama” (“maridos conhecidos”) e o “casamento a furto ou de ‘juras’”⁹³.

Todavia, Cabral de MONCADA mostra, após exaustiva pesquisa, que o conceito jurídico-social do matrimônio era “um conceito único”, unidade essa encontrada, com idêntica evidência, no campo religioso⁹⁴. Assim, indene de dúvidas, o regime jurídico dessas três modalidades matrimoniais era também um só e o mesmo, quanto aos seus aspectos dominantes: a) as famílias gozavam das mesmas garantias, não importando a forma do casamento que lhe dessem origem; b) os direitos e deveres recíprocos dos cônjuges eram os mesmos; c) também idênticos os efeitos patrimoniais; d) os direitos dos filhos, na sucessão dos bens, eram iguais; e) ainda tinham esses matrimônios a mesma validade religiosa, os mesmo efeitos e caráter de sacramentalidade e de indissolubilidade. Desse modo, a bênção do sacerdote, no altar da Igreja, que era, à época, aconselhada, e, mais tarde, exigida dos fiéis, sob pena de excomunhão, “era uma simples confirmação ou ratificação, por via eclesiástica, de um ato já antes realizado: o próprio casamento”⁹⁵. Como visto, o ato do casamento não estava sujeito a formalidades ou solenidades propriamente ditas, pois estas surgiam, quando surgiam, como situações complementares a ele. Assim, é possível estabelecer a diferença entre essas figuras matrimoniais, quanto ao modo de sua celebração, pelo mínimo de formalidades de fundo que apresentam⁹⁶.

⁹³ Cf. HERCULANO, Alexandre. **Estudos sobre o casamento civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1907, p. 36-37; MONCADA, L. Cabral de. *Op. cit.*, p. 37. GAMA, Manuel de Azevedo Araújo e (**Estudo sobre o casamento civil**. Coimbra: Piza e Almeida, 1881, p. 129) diz que, quanto aos dois primeiros, “concordam todos os eruditos”, havendo, contudo, dúvida sobre a terceira espécie. E SEA BRA, Antonio Luiz de (**Resposta às reflexões do Sr. Doutor Vicente Ferrer Melo Paiva sobre os sete primeiros títulos do Projeto do Código Civil português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1859, p.24) fala apenas nas duas primeiras espécies, nem mesmo referindo a última.

⁹⁴ MONCADA, L. Cabral de. *Op. cit.*, p. 52.

⁹⁵ MONCADA, L. Cabral de. *Op. cit.*, p. 54.

⁹⁶ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 86.

Podemos dizer, portanto, com base na lição de Cabral de MONCADA, que o casamento de bênção, ou *ad benedictionem*, era o que se realizava na Igreja (*in conspectu ecclesiae*), com a intervenção do sacerdote, e que os demais, sem essa mesma intervenção, eram os casamentos clandestinos, na designação canônica, ou o casamento “a furto” ou “de juras”, na designação civil e popular⁹⁷. Estes últimos, sem formalidades e sem publicidade, considerando-se sinônimas as expressões, realizavam-se em casa dos pais dos noivos ou em qualquer outro lugar, às vezes na presença de um clérigo que desempenhava então as funções de testemunha qualificada ou porventura até as de um oficial público (*juras in manu clerici*)⁹⁸. E, com ele, concluir que “no fundo destes modos de celebrar o matrimônio o que deve ver-se é, a princípio, não tanto duas formas distintas, como uma só, que podia ser mais ou menos solene, mas que traduzia sempre, fundamentalmente, aquela concepção romana do casamento que a Igreja tinha, como

⁹⁷ Cf. MONCADA, L. Cabral de. *Op. cit.*, p. 57.

⁹⁸ Cf. MONCADA, L. Cabral de. *Op. cit.*, p. 80-81. MANZONI, Alessandro, em famosíssima obra literária dada pela primeira vez ao público em 1827 *I promessi sposi*. Genova: Cideb, 1999, p. 34-35 e 39-40) menciona a realização de um casamento desse tipo: diante da recusa do sacerdote Don Abbondio em realizar espontaneamente o casamento de Renzo e Lucia, sugere-lhes Agnese esta forma de matrimônio, que acaba por realizar-se: “No entanto um outro plano veio à mente a Agnese: organizar um matrimônio surpresa. É preciso encontrar duas testemunhas e ir a Don Abbondio. Lá, frente às testemunhas e ao vigário, Renzo dirá: ‘Esta é minha mulher’. Lucia dirá: ‘Este é meu marido’. E o matrimônio está feito. ‘Mas isto é um engano’ disse Lucia. ‘Deixa-te guiar por quem sabe mais que ti’, responde-lhe a mãe; depois acrescenta: ‘E ademais Deus diz: ajuda-te que eu te ajudo’. Renzo naturalmente está de acordo com Agnese e vai logo procurar as testemunhas, dois irmãos amigos seus de nome Tonio e Gervaso. ...Enquanto Don Abbondio registra ter recebido o dinheiro, Tonio e Gervaso se colocam à frente da mesa para impedir o vigário de fechar a porta. Em seguida fizeram um ligeiro ruído com os sapatos para advertir Renzo e Lucia que, quietíssimos, entraram no aposento escondendo-se atrás dos dois irmãos. Quando Don Abbondio ergue os olhos, vê que os dois irmãos se separam, como um pano que se abre, e atrás deles emparelham... os dois noivos! Don Abbondio ficou confuso e abismado. Renzo diz: ‘Senhor vigário, em presença destas testemunhas, esta é minha mulher’. O vigário então com uma mão segura a lâmpada, com a outra a toalha, enquanto Lucia não consegue completar a frase e diz apenas: ‘Este é meu...’. Don Abbondio de fato lhe joga a toalha em cima e começa a gritar: ‘Perpetua! Perpetua! Traição! Socorro! Os quatro escapam, enquanto Don Abbondio ordena ao funcionário para soar o sino” (No original: “*Intanto un altro piano è venuto in mente a Agnese: organizzare un matrimonio a sorpresa. Bisogna trovare due testimoni e andare da Don Abbondio. Lì, davanti ai testimoni e al curato, Renzo dirà: ‘Questa è mia moglie’. Lucia dirà: ‘Questo è mio marito’. E il matrimonio è fatto. ‘Ma questo è un imbroglio’ dice Lucia. ‘Lasciati guidare da chi ne sa più di te’ le risponde la madre; quindi aggiunge: ‘E poi Dio dice: aiutati che io t’aiuto’. Renzo naturalmente è d’accordo con Agnese e va subito a cercare i testimoni, due fratelli amici suoi di nome Tonio e Gervaso. ...Mentre Don Abbondio registra di aver ricevuto il denaro, Tonio e Gervaso si mettono davanti al tavolo per impedire al curato di vedere la porta. Poi fanno un leggero rumore con le scarpe per avvertire Renzo e Lucia che, zitti zitti, entrano nella stanza nascondendosi dietro i due fratelli. Quando Don Abbondio alza gli occhi, vede che i due fratelli si scostano, come un sipario che si apre, e dietro a loro appaiono... i due promessi sposi! Don Abbondio è confuso e stupito. Renzo dice: ‘Signor curato, in presenza di questi testimoni, questa è mia moglie’. Il curato allora con una mano prende la lampada, con l’altra la tovaglia, mentre Lucia non riesce a completare la frase e dice solo: ‘Questo è mio...’ Don Abbondio infatti le butta la tovaglia addosso e comincia a gridare: ‘Perpetua! Perpetua! Tradimento! Aiuto!’ I quattro scappano, mentre Don Abbondio ordina al campanaro di suonare le campane”.*

vimos, adotado”⁹⁹. Esclarece, finalmente, o mesmo jurista luso que o chamado casamento de “pública fama”, ou de “maridos conhecidos”, em nada difere, substancialmente, das outras formas de casamento clandestino. Só no tocante à prova é que surge essa leve distinção entre casamentos clandestinos “a furto” ou “de juras” e casamentos clandestinos “por fama e maridos conhecidos”. E acrescenta que, pela leitura da lei de maio de 1311, do reinado de D. Dinis, a pública fama de marido “não era senão aquilo a que hoje chamamos, na linguagem jurídica moderna, muito simplesmente a posse de estado”¹⁰⁰.

1.4. Sucessões nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas

As Ordenações Afonsinas, de 1446, foram, possivelmente, a primeira legislação a tratar o cônjuge como “cabeça-de-casal”. Com efeito, encontra-se no Livro IV, Título XII:

“Costume foi nestes Reinos de longamente usado, e julgado, que onde o casamento é feito entre o marido, e a mulher por Carta de metade, ou em tal lugar, que por usança se partam os bens por meio à morte sem haver a tal Carta, morto o marido, a mulher fica em posse, e Cabeça de Casal, e de sua mão devem receber os herdeiros, e legatários do marido parte de todos os bens, que por morte do dito marido ficarão, e bem assim os legados; em tanto que se algum dos herdeiros, ou legatários, ou qualquer outro ficar [na] posse de alguma coisa da dita herança, depois da morte do dito marido, sem consentimento da dita mulher, ela se pode chamar esbulhada dela, e deve-lhe logo ser restituída. E este costume foi fundado em razão, pois que por bem do dito costume, tanto que o casamento é consumado, a mulher é feita meeira em todos os bens, que ambos têm, e o marido por morte da mulher continua a posse velha, que antes havia, justa razão parece ser, que por morte do marido fosse provido a ela de algum remédio acerca da dita posse, a saber, que ficasse ela em posse, e cabeça de Casal por virtude do dito costume.

1 E tudo isto, que dito é, há lugar nos bens comuns, que têm de ser partidos entre a mulher, e os herdeiros do marido, ou entre o marido, e os herdeiros da mulher, e em outra guisa não; se o marido, ou

⁹⁹ MONCADA, L. Cabral de. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁰ MONCADA, L. Cabral de. *Op. cit.*, p. 75.

mulher tivessem alguns bens feudais, ou da Coroa do Reino, ou de Morgado, ou emprazamentos em que a mulher não fosse nomeada, por tal guisa que não tivesse neles direito, ou em outros semelhantes, em tal caso não tem lugar o dito costume, nem ficará a mulher em posse de tais bens, que o marido houvesse, e possuísse em sua vida, nem esse mesmo o marido por morte da mulher dos bens, que pelo dito modo a ela pertencessem, mas requer-se que para cada um deles tenha alcançada tal posse, que a tome atualmente depois da morte de cada um deles.

2 Porém se tais bens, terras, ou feudos forem obrigados à mulher pelo marido, ou ao marido pela mulher por consentimento, e autoridade do Senhorio, em tal caso o que assim ficar vivo esteja em posse de tais bens e não seja deles tirado até a dita obrigação ser paga, ou por Direito determinado que não deve ter tal posse.

3 E isto mesmo dizemos que se aquele, que vivo ficar, disser e alegar alguma justa razão, por que tais bens, terras, ou feudos, que do finado fossem lhe pertencem, ou têm neles algum direito, e as pessoas forem tais, de que se tema de virem a pelejas, e arroido, em tal caso queremos, e mandamos que os ditos bens, terras, ou feudos se ponham em guarda em mãos de pessoa fiel, e idônea, que os tenha até ser determinado por Direito a quem pertencem.

4 E bem assim dizemos que o dito costume não deve ter lugar nos casamentos feitos por Cartas de arras: salvo naqueles bens, que por bem, em virtude do dito contrato devem ser meeiros entre o marido, e a mulher; em tais bens se deve guardar o dito costume, assim como se o dito casamento fosse feito por Carta de metade, como dito é.

5 E porque somos certo (*sic*) que assim foi usado, e guardado, e julgado de antigamente, mandamos que assim se guarde daqui em diante por Lei geral em todo o casamento feito por Carta de metade em tais lugares, onde se costuma os bens serem comuns entre o marido, e a mulher, ou Cartas de arras, como dito é¹⁰¹.

Convém notar que o casamento por Carta de Metade, no texto, refere-se ao casamento com comunhão universal de bens, também comumente referido por “casamento segundo costume do reino”¹⁰². Nas Ordenações Manuelinas, de 1521, esta disposição é repetida, com modificação apenas de redação, no Título VII do Livro IV¹⁰³.

Mais adiante, tratando da sucessão do cônjuge, dispõem as Ordenações Afonsinas:

¹⁰¹ **Ordenações Afonsinas: Livro IV**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, Título XII, p. 76-78.

¹⁰² Cf. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Campinas: Russel, 2003, p. 146.

¹⁰³ **Ordenações Manuelinas: Livro IV**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, Título VII, p. 23-26.

“E se por morte do marido *ab intestato* a mulher não ficou em posse e cabeça de Casal, porque não vivia a esse tempo com ele em casa manteúda, como marido e mulher, em tal caso mandamos que seja logo feito inventário de todos os bens, que por sua morte ficaram; o qual assim feito, sejam logo postos em guarda por conta e recado em mão do homem fiel, até que achado seja por direito a quem pertence, e aquele, a que forem julgados, sejam-lhe entregues, como for direito”¹⁰⁴.

Por fim, observe-se que, já no tempo das Ordenações, a legítima em Portugal era constituída por dois terços do patrimônio do testador¹⁰⁵.

1.5. Sucessões nas Ordenações Filipinas

Ao tempo das Ordenações Filipinas, de 1603, o cônjuge sobrevivente era chamado após os descendentes e os parentes colaterais, que herdavam até o décimo grau¹⁰⁶. As classes eram chamadas sucessivamente, de maneira que uma excluía a outra, e, dentro da mesma classe, o herdeiro que estivesse mais próximo do *de cuius*, excluía o que estivesse mais distante. Com efeito, o Título XCIV do Livro IV, dedicado ao tema, dispõe:

“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 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”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ **Ordenações Afonsinas...** *cit.*, Título 95, § 4, p. 353. Este texto não foi repetido nas Ordenações Manuelinas.

¹⁰⁵ Cf. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 315.

¹⁰⁶ Anota MONTEIRO, Washington de Barros (**Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 101) que esses herdeiros eram chamados pelos germanos de *lachende Erben* (herdeiros que riem), por já se acharem bastante enfraquecidos os vínculos de sangue e de amizade.

¹⁰⁷ **Ordenações Filipinas: Livros IV e V**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 947-948.

A referência final do texto das Ordenações aos “nossos Almojarifes” estabelecia, segundo a doutrina portuguesa, uma quinta e última ordem de sucessão legítima, para o caso de não haver nenhum outro herdeiro, ou seja, na falta dos demais herdeiros citados, a herança seria vacante¹⁰⁸.

Explica o organizador da edição das Ordenações da Fundação Calouste Gulbenkian, em notas ao texto das Ordenações, que esta quarta ordem de sucessão foi primeiramente estabelecida a instâncias do povo nas Côrtes de Elvas, no tempo do Senhor D. Pedro I, o que depois passou-se para as Ordenações, declarando o Senhor D. Affonso V que, estando um dos cônjuges separado ao tempo da morte, lhe não sucederia o outro, mas sim o Fisco¹⁰⁹.

É interessante registrar que, diante do estatuído no citado texto das Ordenações Filipinas, havia autores e praxistas entendendo que, estando divorciados os cônjuges (e as questões de divórcio pertenciam ao Juízo Eclesiástico), o sobrevivente devia herdar do falecido, se este é que tinha dado causa e era responsável pela separação¹¹⁰. Contra essa doutrina insurgiram-se Liz TEIXEIRA¹¹¹ e TEIXEIRA DE FREITAS¹¹². Clóvis BEVILÁQUA opinava que aqueles autores que pretenderam dar uma interpretação extensiva, beneficiando o cônjuge inocente, não tinham razão, “em face da letra claríssima da Ordenação citada”¹¹³.

Anotava Corrêa TELLES que, se o marido era parente de sua mulher, falecendo um deles *ab intestato*, o sobrevivente tomava o seu lugar, segundo o grau de

¹⁰⁸ Cf. **Ordenações Filipinas...** *cit.*, p. 948.

¹⁰⁹ **Ordenações Filipinas...** *cit.*, p. 947.

¹¹⁰ Neste sentido, escreve COELHO DA ROCHA, M. A. (**Instituições de direito civil português**. Lisboa: Livraria Clássica, 1907, t. 1, § 345, p. 238): “Se do defunto não restam parentes até o décimo grau, contado por direito civil, é chamado à sucessão o cônjuge sobrevivente. Ord. L. 4, tít. 94; exceto no caso de separação perpétua, se foi este o culpado que lhe deu causa”. No mesmo sentido: PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea (**Tratado dos testamentos e sucessões**. Rio de Janeiro: Garnier, 1881, p. 506), que escreve: “Na ordem da sucessão dos colaterais, a posse civil dos herdeiros *abintestato* presume-se transmitida, e tomada pelos mais próximos parentes até o 10º. grau do direito civil, que tiverem à herança direito indubitável”.

¹¹¹ Cf. VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. *In*: **Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002, p. 274.

¹¹² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, p. 578.

¹¹³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.*, p. 118.

parentesco que tivesse, para excluir os outros parentes mais remotos até o décimo grau¹¹⁴. Ou seja, o fato de se tratar de cônjuge não afastava o grau normal de parentesco, sucedendo o cônjuge como parente, se o era, e preferindo aos parentes mais distantes.

Observe-se que a referência ao Direito Civil no dispositivo (que em outros passos é tratado por Direito Comum, ou simplesmente Direito) contrapõe-se ao direito canônico, muitas vezes citado nas Ordenações, mas sempre com referência expressa¹¹⁵.

A mulher, para suceder, tinha que viver em casa “teúda e manteúda”, como expresso no dispositivo, o que estava a indicar, nos termos da doutrina majoritária¹¹⁶, o seu afastamento da sucessão quando tivesse dado causa à separação (ainda que de fato). E, como nota Valdeana FERREIRA, não importava o motivo que tivesse obrigado a mulher a viver fora do teto conjugal, perdendo ela o direito sucessório em qualquer hipótese, até porque “parecia de direito que os maridos castigassem as mulheres”¹¹⁷

A doutrina portuguesa é praticamente pacífica ao enunciar que não se achava compreendido no dispositivo a noiva, ainda com escritura de sponsais, e a concubina, ainda que fosse única¹¹⁸, teúda e manteúda, bem como em caso de casamento

¹¹⁴ TELLES, J. H. Corrêa. **Digesto Portuguez**. Lisboa: Livraria Clássica, 1909, t. 2, art. 880, p. 123.

¹¹⁵ Cf. **Ordenações Filipinas... cit.**, p. 947.

¹¹⁶ Neste sentido: PINTO, Gouvêa. **Testamento**, cap. 42, nota 217; CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Lisboa: Maria da Madre de Deus, 1858, v. 2, p. 89. COELHO DA ROCHA, M. A. (**Instituições... cit.**, § 345, p. 237) fala em “separação perpétua”, mas dá a entender que essa expressão compreende até mesmo a separação de fato. E LOUREIRO, Lourenço Trigo de (**Instituições de direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Garnier, 1871, v. 2, p. 48-49) é expresso: “Não obstante a generalidade da disposição dos referidos Códigos, Portug. *de donat. lib.* 3, cap, 19, ns. 55 e 56, e Barbos. *ad rubr. solut. matr.* -, sustentam que mesmo no caso de separação o cônjuge sobrevivente sucede ao defunto, se foi este quem deu causa à separação: o que nos parece inadmissível, já porque a sucessão abintestado (*sic*) funda-se na presunção da amizade (§ 434, nota), que se supõe entre pessoas conjuntas pelo sangue, ou pelos vínculos do matrimônio, e esta falece a respeito de cônjuges que não vivem juntos como mulher com seu marido; já porque não se pode tolher à Fazenda Pública o direito de sucessão, que neste caso ela tem fundado em Lei clara e terminante, por conjecturas, e distinções, que a mesma Lei não fez, o que os executores dela não podem fazer”. Em sentido contrário, TELLES, J. H. Corrêa (*Op. cit.*, art. 881, p. 124) dizia se afastarem da sucessão os cônjuges “separados por toda a vida por sentença de divórcio do Juízo Eclesiástico”.

¹¹⁷ FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. *Op. cit.*, p. 22.

¹¹⁸ O Título XCII desse mesmo Livro IV dá direito sucessório aos filhos de concubina única: “Se algum homem houve ajuntamento com alguma mulher solteira, ou tiver uma só manceba, não havendo entre eles parentesco, ou impedimento, por que não possam ambos casar, havendo de cada uma delas filhos, os tais filhos são havidos por naturais. E se o pai for peão, suceder-lhe-ão, e virão à sua herança igualmente com os filhos legítimos, se o pai os tiver. E não havendo filhos legítimos, herdarão os naturais todos os bens e herança de seu pai, salvo a terça, se o pai a tomar, da qual poderá dispor, como lhe aprouver. E isto mesmo

nulo (ainda que putativo¹¹⁹) ou se o cônjuge viúvo matou o seu consorte ou o deixou morrer por falta de alimentos¹²⁰.

1.6. Direito Português Posterior às Ordenações

Na vigência das Ordenações Filipinas, o destaque na área jurídica, sem dúvida, foi para Sebastião José de Carvalho e Melo, o célebre Marquês de Pombal, também Conde de Oeiras. A capacidade e a personalidade marcantes desse extraordinário homem público¹²¹, às vezes um espírito despótico, fizeram dele o verdadeiro chefe de governo no reinado de D. José I (1750-1777)¹²². Dessa época é o Alvará de 1754, que introduziu no direito português, por influência francesa, o princípio da *saisine*. Mas, a propósito da ação pombalina na área jurídica, em primeiro lugar, avulta a Lei da Boa Razão de 1769¹²³. É uma lei que “constituiu verdadeiro marco miliário na evolução do direito português e, portanto, do direito brasileiro”, já que “nenhuma reforma pombalina no

haverá lugar no filho, que o homem solteiro peão houver de alguma escrava sua, ou alheia, se por morte de seu pai ficar forro...” (**Ordenações Filipinas... cit.**, p. 939-942).

¹¹⁹ Em sentido contrário, neste caso, STRIKIO, tít. 11, § 3. *Apud Ordenações Filipinas... cit.*, p. 948.

¹²⁰ Cf. **Ordenações Filipinas... cit.**, p. 948.

¹²¹ Anota SOUSA, Antonio Sergio de (*Op. cit.*, p. 156-157) que “o começo do poderio de Pombal incia pelo terremoto de Lisboa (1º. de novembro de 1755). A cidade ficou destruída e, frente àquele desastre, o marquês de Alorna deu a fórmula do procedimento para sua restituição: ‘enterrar os mortos, cuidar dos vivos e fechar os portos’” (No original: “*El comienzo del poderío de Pombal empieza por el terremoto de Lisboa (1º. de noviembre de 1755). La ciudad quedó destruída y, frente a aquel desastre, el marquês de Alorna dió la fórmula del procedimiento para su restitución: ‘enterrar los muertos, cuidar los vivos y cerrar los puertos’*”).

¹²² Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 202.

¹²³ Anota, a propósito, PONTES DE MIRANDA (*Op. cit.*, p. 44): “Achavam-se os espíritos amofinados com o desacerto das interpretações de Acúrcio e de Bártolo de Saxoferrato, com o prestígio da *opinio doctorum*, com a mecânica citação de textos exegéticos ou de julgados, como se valessem as opiniões pelo número e não pelo que realmente persuadissem. Foi nesse momento que o racionalismo, pelo pulso forte do Marquês de Pombal, atirou aos jesuítas e ao povo, à Igreja e aos julgadores, a Lei de 18 de agosto de 1769, denominada da ‘Boa Razão’, porque com ela recomendava se conferissem as opiniões dos doutores. A desmoralização dos argumentos de autoridade, sobre os quais a cada passo se citavam os dizeres de Cícero (*De dividat.*, II, 58), e do jurisconsulto Antônio da Gama (*Decisiones Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, 202, n. 3) – ‘nada tão absurdo que não tenha um douto que o apóie’ – leva o estadista a procurar outro critério, em que se possa firmar. No que concerne às *lacunas da lei*, as inovações foram sensíveis”.

campo da legislação teve alcance maior, por seu sentido autenticamente revolucionário”¹²⁴. Com a Lei da Boa Razão, fixaram-se os limites de aplicação subsidiária do direito romano em Portugal. Esse direito, que se limitava a suprir as lacunas da legislação nacional, além de só valer quando fundado na “boa razão”, não mais poderia ser invocado senão em sua forma pura, ou seja, escoimado das glosas de Acúrcio e Bártolo, então abusivamente em voga. Daí a lei de 28 de agosto de 1772 (Estatutos da Universidade de Coimbra) ter servido para elucidar a regra de aplicação do direito romano em Portugal, regra orientada neste sentido: “São conformes à boa razão as leis romanas aceitas pelo uso moderno”¹²⁵. E segundo Clóvis BEVILÁQUA:

“Esta indicação, se teve a vantagem de obrigar o jurista português, ou brasileiro, a estudar o direito estrangeiro, pelo qual tinha de aferir a boa razão das leis romanas, abrindo, assim, como já o fizera a citada lei de 1769, uma larga porta às correntes jurídicas, dando franqueza e elasticidade às instituições do direito nacional, impôs aos aplicadores do direito um duro labor e deu ensanchas às incertezas da doutrina”¹²⁶.

Em segundo lugar, é de se salientar a reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra em 1772. Esse feito mostra realmente o quanto valia e podia o Marquês de Pombal em seu exercício de realização e mando. Como declara José Gomes CÂMARA, “a sua gestão traduz a fase inaugural de uma nova era para o ensino, sob todos os pontos de vista. A reforma da Universidade, e de um modo geral de toda a instrução, constitui uma das mais soberbas realizações do ministro de El-Rei D. José. Tinha o tradicional estabelecimento, segundo suas próprias palavras, caído inteiramente nas mãos de alguns padres ignorantes, e que sem respeito à sua instituição, olhavam para os lucros que poderiam nascer”¹²⁷. Em virtude da reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra, novas disciplinas foram introduzidas no currículo da Faculdade de Leis, como as de Direito Natural, de História do Direito e de Direito Pátrio. Ao mesmo tempo, o estudo do direito romano passava a ser orientado no sentido do princípio do *usus modernus pandectarum*¹²⁸.

¹²⁴ GOMES, Orlando. **Direito privado: novos aspectos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 79.

¹²⁵ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 40.

¹²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria... cit.**, p. 40.

¹²⁷ Cf. CÂMARA, José Gomes B. *Op. cit.*, t. 1, p. 311.

¹²⁸ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 204.

Em todo esse período, contudo, nenhuma alteração se fez na ordem de vocação hereditária estabelecida pelas Ordenações Filipinas.

1.7. Conclusões Sobre o Direito Português

Nas origens do direito português, como se viu, vigorou o direito romano, com a ordem de vocação hereditária fixada no Código justiniano e, especialmente, nas Novelas 118 e 127, direito este que só foi alterado nas Ordenações do Reino.

Observa-se do disposto nas Ordenações que se principiou ali a reconhecer, ainda que timidamente, direito sucessório aos cônjuges. Nas duas primeiras (Afonsinas e Manuelinas), há simples referência assistemática. Já nas Ordenações Filipinas consagra-se, efetivamente, o cônjuge na ordem de vocação hereditária, embora em penúltimo lugar, podendo-se até dizer ser um direito sucessório meramente formal, pois raramente ocorreria de o *de cuius* não ter nenhum colateral até o décimo grau.

Mesmo assim, pode-se afirmar tratar-se de um avanço importante, que perdurou no Brasil até a Lei Feliciano Pena, como veremos adiante¹²⁹.

¹²⁹ Item 3.1, *infra*.

2. O DIREITO PRÉ-CODIFICADO E AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO DO SÉCULO XIX

2.1. Direito Luso-Brasileiro

Durante muitos anos viveu no Brasil, mesmo após a proclamação da independência (por meio da Lei de 20 de outubro de 1823), o direito português¹³⁰, acrescido do direito especial da colônia¹³¹, que foi sendo paulatinamente substituído, só tendo sido definitivamente revogado pelo Código Civil de 1916. Houve até quem intentasse adotar como Código Civil no Brasil o Digesto Português de José Homem Correia Telles¹³², obra meio-codificadora, meio-expositiva, solução que, no dizer de

¹³⁰ Recorde-se que as Ordenações Filipinas, ainda em vigor por ocasião da independência, eram do período de dominação espanhola em Portugal, sendo o rei Filipe espanhol. Ademais, também tivemos no Brasil, o período de invasão holandesa. Em 1624 foi fundada a Companhia holandesa das Índias Ocidentais para expulsar os portugueses da América do Sul, tendo uma esquadra atacado a Bahia (Cf. SOUSA, Antonio Sergio de. *Op. cit.*, p. 137. No original: “...em 1624, asegurado el éxito em Asia, fué fundada la Compañia holandesa de las Indias Occidentales para expulsar a los portugueses de América del Sur. Uma escuadra atacó a Bahía”). Fixando-se no Nordeste brasileiro (Pernambuco, Itamaracá, Paraíba e Rio Grande do Norte), o invasor nada mais fez do que obrigar portugueses e brasileiros dessas áreas às suas leis. Não os marginalizou, é verdade, da vida pública. Tanto assim que em 1640 representantes do povo participaram de uma assembléia de câmaras e tribunais de justiça, realizada em Recife por convocação de Maurício de Nassau. A completa falta de adaptação do direito holandês em meio tão diferente também pode explicar o fato de não ter dele ficado nenhum vestígio no direito brasileiro. Como diz BRUNO, Aníbal (**Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1, p. 163), as leis holandesas “foram um acidente histórico prontamente esquecido. A lei que voltou a reger foram as Ordenações de Portugal”. Vide, a propósito, no Anexo 2, o quadro da reconquista da Bahia retratado em SOUSA, Antonio Sergio de (*Op. cit.*, p. 137). Para esse período, VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 79) indica o trabalho do advogado João Van der Vem, com o título “A organização da Justiça – o direito e o processo penal no Brasil durante a ocupação pelos holandeses, no século XVII”, trabalho esse ao qual não conseguimos ter acesso.

¹³¹ Esse direito especial, contudo, por não conter nenhuma referência sucessória, nem direta nem indiretamente, não é tratado no presente trabalho. Consulte-se, a propósito, VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 75-79.

¹³² Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 229; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 79.

PONTES DE MIRANDA, seria a “mais conservadora possível e não atenderia à legislação posterior à feitura do livro”¹³³.

O Brasil foi, portanto, regido pelo direito português, composto pelas Ordenações Filipinas, pelas leis que se lhe seguiram, pelo direito romano e pelo direito canônico¹³⁴. Só para dar um exemplo, protestantes e judeus não podiam ter seus casamentos reconhecidos pelo Estado porque não eram casados perante a Igreja Católica Apostólica Romana¹³⁵, tendo o Decreto n.º. 1.144, de 11 de setembro de 1861, regulado os casamentos não católicos¹³⁶. Não se tratava, propriamente, da instituição de casamento civil¹³⁷, mas apenas de regular o registro dos casamentos efetivados fora da Igreja Católica

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 79.

¹³⁴ Para se ter uma idéia, em 1751, quando por Alvará de 13 de junho D. José I dá o regimento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, manda no Título I, 7 que haja ali, além das Ordenações do Reino (as Filipinas), “um jogo de Textos de Leis, com as Glosas de Acúrsio, e outro de Cânones; como também um jogo de Bartholos da última edição” (Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 136).

¹³⁵ Cf. FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, Introdução, p. XVIII.

¹³⁶ “Art. 1.º. Os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das Leis do Império serão extensivos: 1.º. Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fora do Império segundo os ritos ou as Leis a que os contraentes estejam sujeitos. 2.º. Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Império, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quais verifique-se a celebração do ato religioso. 3.º. Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Império, segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, contanto que a celebração do ato religioso seja provado (*sic*) pelo competente registro, e na forma que determinado for em Regulamento. ...” (para esta referência, utilizou-se a versão publicada na **Collecção das leis do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, t. 22, parte 1, p. 21). O Projeto que deu origem a este Decreto é de 19 de julho de 1858, apresentado pelo então Ministro da Justiça, Diogo de Vasconcelos, projeto este que foi “emendado, mutilado, modificado profundamente” pelos católicos romanos da comissão que o examinou (Cf. SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garnier, [s.d.], p. XI e XIV). PEREIRA, Lafayette Rodrigues (*Op. cit.*, p. 51-52) criticou veementemente este Decreto: “Teve essa lei por fim dar sanção civil aos casamentos entre membros das religiões dissidentes: fez, é verdade, uma concessão, mas impôs uma cláusula tirânica: exigiu que os ditos casamentos só fossem recebidos como válidos quando celebrados conforme os *usos* e as *prescrições* das religiões dos contraentes. Que horror ao casamento civil! Era impossível forçar aos contraentes não-católicos a se casarem segundo a forma estabelecida pela Igreja Católica. Pois bem! Obrigaram-nos a casar segundo os ritos e as prescrições de suas religiões! Quebrantar a liberdade de consciência em nome da religião que professam os autores da violência era usança antiga; mas violentar a consciência em nome de uma religião que declaram a falsa é um requinte de superstição que desconhecera os séculos mais bárbaros. A citada lei, além de tirânica, é defectiva: 1.º. Deixou o casamento misto sob a lei canônica. As cautelas que a lei canônica exige para permitir o casamento entre católicos e acatólicos importam o sacrificio de direitos muito preciosos e sublevam escrúpulos respeitáveis nas consciências delicadas. 2.º. Exige requisitos para a celebração do casamento, difíceis de preencherem-se no Império. O casamento não pode ser celebrado senão por pastores ou ministros, revestidos de certas qualificações. Onde, pois, não reside ministro ou pastor, e é o que acontece na generalidade dos lugares: torna-se completamente inútil a concessão da lei, como o vai demonstrando a experiência de todos os dias. O melhoramento trazido pela citada Lei de 11 de setembro de 1861 reduz-se, pois, à proporção bem mesquinha”. Com ele manifesta-se de acordo SOARES, Oscar de Macedo. *Op. cit.*, p. XV.

¹³⁷ SEABRA, Antonio Luiz de (*Op. cit.*, p. 5), após questionar o que é o casamento civil, dizendo que, “no estado atual da sociedade humana, não pode dar-se casamento que seja incivil, a não ser aquele que as leis reprovam e condenam”, esclarece que “não é pois neste sentido que se usa dessa expressão; mas somente

Romana. Em 1899 foi apresentado um Projeto de Lei que fazia do casamento civil uma forma facultativa de casamento, sendo que D. Pedro II não chegou a promulgar tal Projeto como lei¹³⁸. O casamento civil só foi efetivamente instituído no Brasil pelo Decreto n.º. 181, de 24 de janeiro de 1890¹³⁹, de autoria de Coelho Rodrigues¹⁴⁰. Tal Decreto falava até mesmo em divórcio, mas não se tratava do divórcio pleno que temos hoje, instituído no Brasil em 1977 pela Emenda n.º. 9 à Constituição de 1969¹⁴¹.

em contraposição à forma religiosa. Diz-se casamento civil, o que pode e deve subsistir civilmente sem dependência alguma do princípio religioso: por outras palavras, o casamento inteiramente secular, ou que se pretende secularizar”.

¹³⁸ Cf. PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Op. cit.*, p. 53.

¹³⁹ É curioso observar a data desse Decreto: pouco mais de dois meses após a proclamação da República, o Governo republicano já editou um decreto instituindo o casamento civil, sendo que outras questões teoricamente mais importantes só foram resolvidas muito mais tarde (vide, v.g., o próprio Código Civil, que só foi efetivamente aprovado quase três décadas depois). Tal pressa só se justifica se pensarmos na rixa então existente entre os republicanos e a Igreja Católica Romana. Note-se que um dos primeiros atos do governo republicano foi a laicização do Estado: o Estado se tornou laico, separado da Igreja, sem religião oficial. Tendo em vista que o casamento é um dos principais sacramentos da Igreja Católica Romana, essa foi uma das formas que o governo encontrou para afrontar a Igreja. Inclusive, o Decreto n.º. 521/1890, revogando a tolerância do parágrafo único do art. 108 do Decreto n.º. 18/1890 (“Parágrafo único. Fica, em todo caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e cerimônias prescritas para celebração do matrimônio pela religião deles”), instituiu pena criminal à autoridade religiosa que fizesse casamento religioso antes do civil, nestes termos: “Art. 1.º. O casamento civil, único válido nos termos do art. 108 do Decreto n.º. 181 de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem solenizá-lo os nubentes. Art. 2.º. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo. Parágrafo único. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas” (para esta referência aos Decretos n.ºs. 181/1890 e 521/1890, utilizou-se a edição publicada no Rio de Janeiro pela Imprensa Nacional em 1890, sob o título **Decretos do Governo Provisório**). Mas isto não é inovação brasileira: a Assembléia Legislativa francesa, como nota SEABRA, Antonio Luiz de (*Op. cit.*, p. 8-9) “exagerando já as idéias de liberdade individual”, regulou por decreto de 20 de setembro de 1792 todas as condições do casamento “sem ter em consideração alguma os princípios religiosos”. E o autor ainda anota as razões que levaram a Assembléia a semelhante resolução: 1) o princípio da competência absoluta do Estado no regulamento de todas as condições sociais; 2) o estado de excitação hostil contra o clero e reacionariamente contra a Igreja e contra os princípios religiosos; 3) o espírito de incredulidade largamente difundido; 4) a multiplicidade de seitas e crenças diferentes. E acresce adiante (*Op. cit.*, p. 18-19) que, embora não se tenha proibido a ninguém que recorresse à bênção religiosa, exigiu-se como condição absoluta que o casamento civil precedesse o religioso. A propósito da polêmica sobre a instituição, em Portugal, do casamento civil, é extremamente recomendável a leitura de três obras: por um lado, defendendo o casamento apenas religioso, GAMA, Manuel de Azevedo Araújo e (*Op. cit.*, *passim*, e especialmente à p. XIII, onde o autor diz: “Eu bem sei que os fautores do casamento civil alegam: não perseguimos a Igreja, apenas desejamos que ela se circunscreva à sua esfera de ação, não ultrapassando os limites da consciência individual. Mas é exatamente esta tentativa de secularizar o Estado, isto é, de colocar toda a vida civil fora da vida cristã, o que nós condenamos com toda a energia da nossa razão, com todo o ardor da nossa fé; porque as leis civis nunca podem dispensar o cidadão de cumprir os deveres impostos pela lei divina”); e, por outro lado, defendendo o casamento civil, SEABRA, Antonio Luiz de (*Op. cit.*, *passim*, e especialmente à p. 5, em texto já transcrito à nota 137, supra) e HERCULANO, Alexandre (**Estudos... cit.**, *passim*).

¹⁴⁰ Cf. ARRUDA, João. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁴¹ Tecnicamente, a “Constituição” de 1969 não pode ser chamada realmente de Constituição, já que foi aprovada como Emenda Constitucional n.º. 01 à Constituição de 1967 (“Art. 1.º. - A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação...” – para esta e as demais citações da “Constituição” de 1969, utilizou-se a 14.ª edição publicada em 2000 pela editora Atlas em São Paulo sob o

Por mais paradoxal que possa parecer, as Ordenações Filipinas tiveram, no Brasil, maior vigência que em seu próprio país, onde foram revogadas pelo Código Civil de 1867, aqui permanecendo em vigor até 1916. E ainda se pode notar que o Brasil foi o único país da América Latina que, no final do século XIX, ainda se regia pelo Código vigente no tempo em que foi colônia, e há muito revogada na própria Metrópole¹⁴². Ademais, instalou-se a confusão no nosso direito civil, não se sabendo ao certo qual era o direito vigente. A propósito, anotou TEIXEIRA DE FREITAS:

“Nunca tivemos Código Civil, e se tal reputássemos o corpo das Ordenações Filipinas, ou antes o 4º. Livro delas, que mais se dedicou aos contratos e sucessões, estaríamos ainda assim envolvidos na imensa teia das leis extravagantes, que se tem acumulado no decurso de mais de dois séculos e meio. Também não existe um só escritor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse a corrigir e ordenar o Direito Pátrio. ...tudo concorreu para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiais estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As coisas têm chegado a tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadiram”¹⁴³.

Durante todo o século XIX, no Brasil, na esteira do direito português, a ordem de vocação hereditária foi a seguinte¹⁴⁴: 1º.) descendentes; 2º.) ascendentes; 3º.) colaterais até o 10º. grau; 4º.) cônjuge; 5º.) Fisco¹⁴⁵. Criticando essa vocação dos colaterais

título **Constituições do Brasil**). O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, que a vigência era a da Carta de 1967 e não da Emenda nº. 1 de 1969 (Cf. BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989, p. 444). Não obstante, dando nova redação integralmente à Constituição de 1967, a suposta Emenda é tratada pela grande maioria dos doutrinadores como “Constituição”. A propósito, observa BONAVIDES, Paulo (*Op. cit.*, p. 443) que “a Emenda nº. 1, de 1969, ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se de fato a nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares”. Mas este entendimento não era pacífico, como bem observa BONAVIDES, Paulo (*Op. cit.*, p. 443-444): “A preocupação dessa legitimidade era de tal ordem que a Emenda de 1969 não foi considerada autonomamente pelos juristas. Assim é que Pontes de Miranda, examinando o texto de 1967 e a Emenda de 1969, manteve o título de seu importante estudo jurídico ‘Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº. 1 de 1969’. Isto é, a Constituição permaneceu como a de 1967. ...Em seu ‘Curso de Direito Constitucional’ (3ª. edição, v. I), o Professor Pinto Ferreira não considera a Emenda nº. 1 tenha revogado a Constituição de 1967, mas que esta ‘passou a vigorar com duzentos e um artigos’. Outros, como Aliomar Baleeiro, quando trata da Constituição de 1967, a classifica sempre como ‘Constituição de 1967-1969’”.

¹⁴² Cf. Parecer nº. 147/1896 do Senado, publicado eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

¹⁴³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1, p. XXXII-XXXIII.

¹⁴⁴ Neste sentido, citando o texto das Ordenações (Livro IV, Títulos XCIV a XCVI): COELHO DA ROCHA, M. A. **Instituições...** *cit.*, § 335, p. 228.

¹⁴⁵ 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. Consulte-se, por todos, HIRONAKA,

até o 10º. grau, Clóvis BEVILÁQUA observa que, nesse grau, não há mais consciência da unidade da família, não há mais essa afeição simpática dos parentes entre si, concluindo: “não se distingue mais o parente do conterrâneo”¹⁴⁶.

2.2. Consolidação das Leis Civas de Teixeira de Freitas

Depois da independência do Brasil, muitas foram as tentativas de elaboração de um Código Civil. Já a Constituição Federal de 1824 previa essa empreitada¹⁴⁷. No ano de 1845, o advogado Francisco Inácio de Carvalho Moreira, posteriormente Barão de Penedo, defendeu na Ordem dos Advogados Brasileiros a tese da codificação do Direito Civil¹⁴⁸, afirmando que o Instituto não recusaria dar o seu contingente para a reforma; e acrescentou: “mas a iniciativa para a codificação dessas leis

Giselda Maria Fernandes Novaes (**Comentários ao Código Civil: do direito das sucessões**. Coordenador: Antônio Junqueira de AZEVEDO. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20, p. 215-216; Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. Texto inédito, gentilmente cedido pela autora, p. 5); e, na doutrina portuguesa, GONÇALVES, Luiz da Cunha (*Op. cit.*, p. 427). Este erro só veio a ser corrigido com o novo Código Civil. Em sentido contrário, com posição praticamente isolada na doutrina, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (**Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 55, p. 245) sustenta que o Estado não era simples ocupante, mas herdeiro.

¹⁴⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito... cit.**, p. 155-156.

¹⁴⁷ “Art. 179. ...XVIII. Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade” (para esta e as demais referências à Constituição de 1824, utilizou-se a citada 14ª. edição publicada em 2000 pela editora Atlas em São Paulo sob o título **Constituições do Brasil**). Escreve, a propósito, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (**Fontes... cit.**, p. 66): “Quanto antes? Muito se demorou, felizmente”.

¹⁴⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima (*Op. cit.*, p. 300-301), contudo, contesta a essencialidade do Código: “Embora mandado fazer pela Constituição, o código civil nunca chegou a ser editado. Seria dispensável? Não era essencial para uma sociedade que se organizava sob a filosofia do constitucionalismo? É muito provável que o Brasil tenha vivido sem o código por um conjunto particular de razões. Em primeiro lugar, lembramos que na França os códigos desempenharam dois papéis fundamentais: de um lado, foram a outorga aos ‘cidadãos’ de uma carta de direitos privados certos e claros. O código civil dos franceses cumpriu um papel cultural e político básico: independentemente das flutuações da conjuntura política e das reformas constitucionais, o direito civil garantia estabilidade à vida privada, vida do mercado e da propriedade, assim como à organização familiar burguesa. Por outro lado, serviria, como serviu, para superar a grande divisão da França em dois territórios: o norte de direito costumeiro e o sul de direito romano comum. No Brasil, esta segunda tarefa era dispensável, pois a vigência secular do direito português dera unidade ao país. Quanto ao primeiro ponto, os brasileiros tiveram para substituir o código alguns outros instrumentos, inclusive o Código Comercial, leis especiais sobre alguns assuntos relevantes, os doutrinadores e comentaristas. O Código Comercial, a partir de 1850, servia para um uso pelo menos analógico e como subsídio de interpretação, já moderna, para os contratos, ou para as garantias. Até que viesse a lei geral das hipotecas de 1864, foi o Código Comercial que forneceu critérios de entendimento e aplicação desta área”.

civis e a criação de um código do (*sic*) processo, sobre o quase aniquilamento do que existe com esse nome, deve partir de mais alto; o país o reclama instantemente e o espera da solicitude dos seus governantes”¹⁴⁹. Era, como dizia PONTES DE MIRANDA, um grito, não uma tentativa¹⁵⁰.

Para a legislação civil, ao contrário da penal, adotou-se o critério de aperfeiçoá-la em duas fases: na primeira, seria feito o levantamento e a consolidação de toda a legislação vigente até ali (“formar um novo corpo, mas de direito já vigente”)¹⁵¹; na segunda, com o auxílio do que fora feito, tratar-se-ia de elaborar o texto do novo Código Civil (“formar um corpo novo de direito novo”). Em 15 de fevereiro de 1855, foi celebrado o contrato entre o Governo, representado pelo Ministro da Justiça, José Tomás Nabuco de Araújo, e o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas¹⁵², natural de Cachoeira-BA¹⁵³ (“o maior privatista do Império”¹⁵⁴), a quem foi concedido o prazo de cinco anos para “coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas”. A classificação guardaria as divisões de Direito Público ou Administrativo e Privado, assim como as subdivisões respectivas, e seria feita por ordem cronológica. Depois, Teixeira de Freitas consolidaria “toda a legislação civil pátria, com as mesmas condições de classificação”¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 139.

¹⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 79.

¹⁵¹ Com efeito, assim estabelecia o contrato: “1º. Coligirá e classificará toda a legislação pátria inclusive a de Portugal anterior à independência do Império, compreendendo, na coleção e classificação, as leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas que forem peculiares àquele Reino e não contiverem alguma disposição geral que estabeleça regra de Direito. 2º. A classificação guardará as divisões do direito público ou administrativo e privado, assim como as subdivisões respectivas, será feita por ordem cronológica, contendo, porém, índice alfabético por matérias. 3º. Consolidará toda a legislação civil pátria com as mesmas condições de classificação. Consiste a consolidação em mostrar o último estado da legislação. A consolidação será feita por títulos e artigos nos quais serão reduzidas a proporções claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes deverá citar a lei que autoriza a disposição e declarar o costume que estiver estabelecido contra ou além do texto” (Cf. NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5. ed. São Paulo: Topbooks, [s.d.], v. 2, p. 1.053).

¹⁵² Vide foto de Teixeira de Freitas no Anexo 1.

¹⁵³ Cachoeira foi imortalizada por ter sido o berço de Freitas. Diz, a propósito, VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, Apêndice II) que “Cachoeira pode dizer a orgulhosas cidades americanas: não tenho tuas universidades, mas, em compensação, aqui nasceu Freitas, que vale – quem sabe – por muitas universidades. E elas inclinam a frente”.

¹⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Op. cit.*, p. 225. A propósito, diz VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, Apêndice II) que se Teixeira de Freitas tivesse nascido nos primórdios de nossa era, e os homens do Lácio tivessem conhecido seu pensamento, da lei de Citas não teriam constado cinco nomes, senão seis.

¹⁵⁵ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, v. 1, p. XVII-XVIII, prefácio do Ministro Nilson Naves.

O próprio enunciado revela a magnitude e a dificuldade da obra a emprender; punham-se frente ao jurisconsulto os imensos e informes materiais que a legislação e a prática do direito ofereciam para que fosse separando as partes mortas e caducas, pela comparação de seus textos e interpretações, vitalizando os ramos vitais e ao aplicar na tarefa um espírito de sintética unificação, para fazer surgir um corpo orgânico daquele obscuro conjunto¹⁵⁶.

Teixeira de Freitas não chegou a entregar ao Governo o trabalho de classificação. Embora estivessem adiantados seus esforços, foi interrompida a tarefa para dar preferência à consolidação civil, que era a intenção primordial do Governo, pois a classificação era “idéia de segunda ordem”, como explicou na Introdução¹⁵⁷. Em 24 de dezembro de 1858¹⁵⁸, após parecer favorável da comissão composta de Paulino José Soares de Sousa (Visconde do Uruguai), do Conselheiro José Tomás Nabuco de Araújo e do advogado Caetano Alberto Soares¹⁵⁹, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Civis.

Muito embora não tivesse sido submetido ao Parlamento, sendo discutível estivesse o Imperador autorizado a aprová-lo como texto legal, a verdade é que o diploma de Teixeira de Freitas passou a funcionar como tal, seja porque afinal fora aprovado pelo Governo Imperial, seja pela autoridade do seu organizador, seja pela facilidade que trouxe aos operadores do foro, a partir de então dispensados de recorrer à legislação esparsa¹⁶⁰. Juízes e advogados, nas suas decisões e em suas razões, não citavam mais as Ordenações do Reino, nem outros decretos, mas unicamente os artigos da

¹⁵⁶ Cf. PAZ, Enrique Martínez. *Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1927, p. XIV. No original: “*El propio enunciado revela la magnitud y la dificultad de la obra a emprender; se ponía frente al jurisconsulto los inmensos e informes materiales que la legislación y la práctica del derecho ofrecían para que fuera separando, las partes muertas y caducas, por la comparación de sus textos e interpretaciones, vigorizando las ramas vitales y al aplicar en la tarea un espíritu de sintética unificación, hacer surgir un cuerpo orgánico de aquel oscuro conjunto*”.

¹⁵⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, v. 1, p. XXIX-XXXI.

¹⁵⁸ Sem razão, *data venia*, NASCIMENTO, Walter Vieira do (*Op. cit.*, p. 240) e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (*Fontes... cit.*, p. 80) apontam como sendo de 1857 a Consolidação de Teixeira de Freitas, eis que a mesma está oficialmente datada de 1858, como dito no texto.

¹⁵⁹ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁰ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, v. 1, p. XVIII, prefácio do Ministro Nilson Naves. Diz AZEVEDO, Luiz Carlos (*Op. cit.*, p. 58), a propósito, que, embora não tenha se convertido em lei, a Consolidação conheceu “significativa influência no meio jurídico da época, obtendo várias edições e tiragens”.

Consolidação¹⁶¹. A Consolidação foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917). Assim a ela se referiu Clóvis BEVILÁQUA: “o nosso primeiro Código Civil”¹⁶². “A Consolidação... começou, em seguida, a desempenhar o papel de Código”, disse Rodrigo OCTAVIO¹⁶³. Ou como referiu Joaquim NABUCO¹⁶⁴: “a Consolidação, 1855, que até hoje nos serve de Código Civil”¹⁶⁵. Até mesmo fora do Brasil, como dá conta Abel CHÁNETON: “A Consolidação o elevou de golpe à categoria de o mais importante juriconsulto da América”¹⁶⁶.

Ao apresentar a Consolidação, o autor expôs na Introdução, com mais de duzentas páginas, as questões teóricas enfrentadas quanto ao método, seleção e classificação. A Consolidação propriamente dita continha 1.333 artigos, com notas explicativas. A Introdução é, segundo a opinião unânime de todos aqueles que a estudaram, “uma das páginas mais notáveis de Direito escritas na América Latina, capaz, por ela só, de fazer a fama de seu autor, como juriconsulto, não somente pelo conhecimento da lei, mas como possuindo uma idéia construtiva das necessidades jurídicas da sociedade, em sua contínua evolução”¹⁶⁷.

A Consolidação elaborada por Teixeira de Freitas¹⁶⁸ foi dividida, pela primeira vez no Brasil, em Parte Geral e Parte Especial¹⁶⁹, antecipando o sistema alemão

¹⁶¹ Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua e a codificação do direito civil. In: **Arquivo Judiciário**. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, abr.-jun./1933, v. 26, p. 4.

¹⁶² BEVILÁQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. In: **Revista de La Universidad Nacional de Córdoba**, ano IV, n. 1, março de 1917. *Apud* BLANC, Ernesto Nieto. Augusto Teixeira de Freitas. In: **La Ley**, v. 130, p. 783. *Apud* TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, v. 1, p. XIX, prefácio do Ministro Nilson Naves.

¹⁶³ OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado. In: **Arquivo Judiciário**. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, jan.-mar./1933, v. 25, p. 69.

¹⁶⁴ A respeito de Joaquim Nabuco, filho de Nabuco de Araújo, disse OCTAVIO, Rodrigo (A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 7): “aquele que soube alcançar, na história literária, política e diplomática do Brasil, um nome incomparável”.

¹⁶⁵ NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.051.

¹⁶⁶ CHÁNETON, Abel. **História de Vélez Sársfield**. 2. ed. Buenos Aires: La Facultad, 1938, v. 2, p. 202. No original: “La ‘Consolidação’ lo elevó de golpe al rango de el más eminente juriconsulto de América”.

¹⁶⁷ OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Teixeira de Freitas... *cit.*, p. 67.

¹⁶⁸ Para esta e todas as demais referências à Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, utilizou-se a edição publicada em dois volumes em Brasília pelo Senado Federal em 2003.

¹⁶⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues (*Op. cit.*, p. 23) já dizia em 1869 (data do lançamento de sua conhecida obra) que “a criação de uma Parte Geral para a definição das pessoas, agentes do direito, das coisas, objetos do direito, dos atos jurídicos, causas do direito, tem sido geralmente aceita”.

dos pandectistas. Na primeira, com dois títulos, tratou-se das pessoas e das coisas. A Parte Especial foi dividida em dois Livros (Dos direitos pessoais e Dos direitos reais), tratando o primeiro das relações de família (matrimônio, paternidade, maternidade, filiação, parentesco, tutela e curatela) e das relações civis (contratos, dano, esbulho e extinção dos direitos pessoais), e o segundo, do domínio, das servidões, da herança, da hipoteca e da prescrição aquisitiva.

O título referente à sucessão estava dividido em oito capítulos: sucessão *ab intestato* (arts. 959 a 992), sucessão testamentária (arts. 993 a 1.033), substituições (arts. 1.034 a 1.052), forma dos testamentos (arts. 1.053 a 1.085), execução dos testamentos (arts. 1.086 a 1.140), partilhas (arts. 1.141 a 1.195), colações (arts. 1.196 a 1.230) e heranças jacentes (arts. 1.231 a 1.267).

Nos termos do art. 959, a sucessão *ab intestato* dar-se-ia na ordem seguinte: § 1º. Aos descendentes; § 2º. Na falta de descendentes, aos ascendentes; § 3º. Na falta de uns e outros, aos colaterais até o décimo grau por Direito Civil¹⁷⁰; § 4º. Na falta de todos, ao cônjuge sobrevivente; § 5º. Ao Estado em último lugar. Na ordem dos cônjuges, dizia o art. 973, a herança seria deferida ao sobrevivente, desde que, ao tempo da morte, vivessem juntos, habitando na mesma casa.

Os aforamentos vitalícios tinham regra especial de vocação hereditária: em falta de nomeado, caberiam aos descendentes legítimos, excluindo sempre o mais próximo ao mais remoto, o mais velho ao mais novo, e o do sexo masculino ao do feminino; na falta de descendentes legítimos, aos filhos naturais; não havendo, aos ascendentes, sob a mesma regra de proximidade de grau, sexo e idade; faltando todos, aos colaterais até o quarto grau por Direito Canônico (art. 976).

¹⁷⁰ Explicou TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto (*Op. cit.*, v. 2, p. 557) a expressão: “Por Direito Civil –, isto é, por Direito Romano, porquanto na linha colateral, ou transversal, a computação dos graus de parentesco diverge da do Direito Canônico. Por Direito Romano contam-se todos os graus (gerações), subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo pela outra linha; entretanto que por Direito Canônico contam-se os graus só por um dos lados, se eles são iguais; e pelo lado maior, se eles são desiguais. Ora, se por Direito Civil contam-se os graus de ambos os lados, já se vê que não há 1º. grau. Assim: Meu irmão é meu colateral em 2º. grau; Meu 1º. sobrinho (filho de meu irmão) é meu colateral em 3º. grau; Meu tio também é meu colateral em 3º. grau; Meu 2º. sobrinho é meu colateral em 4º. grau; Meu 1º. primo (filho de meu tio), também é meu colateral em 4º. grau; E assim por diante até o 10º. grau; Logo, são meus colaterais em 10º. grau, meu 8º. sobrinho e meu 7º. primo”.

Implicitamente, o art. 981 reconhecia ao cônjuge o direito prioritário a ser nomeado inventariante¹⁷¹. A Consolidação não falava propriamente em herdeiros necessários, mas, implicitamente, o art. 982, ao falar em deserdação, reconhecia como herdeiros necessários (deserdáveis) os descendentes e os ascendentes apenas¹⁷². Ademais, os arts. 985 e 986 falavam de legítima, sem, contudo, determinar o seu *quantum*.

2.3. Esboço de Teixeira de Freitas

O Decreto nº. 2.318, de 22 de dezembro de 1858, autorizou a contratação de um jurista para a elaboração do Projeto de Código Civil¹⁷³, tendo o então Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, contratado o eminente Teixeira de Freitas para a tarefa, contrato este assinado em 10 de janeiro de 1859¹⁷⁴ e aprovado pelo Decreto nº. 2.337, de 11 de janeiro de 1859¹⁷⁵.

Uma vez assinado o contrato, Teixeira de Freitas não perdeu realmente, como disse, “um minuto dos seus novos trabalhos”. Ele acabara de realizar um vasto empreendimento, a Consolidação das Leis Civis, e tinha necessidade de maior trabalho

¹⁷¹ “Art. 981. Mas, quando houver cônjuge sobrevivente, a quem competir ficar em posse e cabeça de casal para proceder a inventário e partilhas, e os herdeiros forem colaterais, ainda que notoriamente conhecidos; a herança reputa-se jacente, até que os mesmos herdeiros se habilitem competentemente”.

¹⁷² Anota ARAUJO, Nadia de (**Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 404-405) que “a tradição brasileira sempre foi no sentido de não considerar o cônjuge como herdeiro necessário, sendo chamado à sucessão apenas no caso de ausência de descendentes ou ascendentes”.

¹⁷³ “Providência sobre a confecção e organização do Código Civil do Império. Visto, e aprovado, o parecer da Comissão encarregada de rever a Consolidação das Leis Civis: Hei por bem decretar o seguinte: Art. 1º. O meu Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça contratará com um Jurisconsulto de sua escolha a confecção de um Projeto do Código Civil do Império. Art. 2º. Feito o Projeto será examinado por uma Comissão de sete Jurisconsultos da Corte e Império, presidida por um dos meus Conselheiros de Estado, vencendo seus membros as gratificações que forem marcadas. Serão dadas as necessárias instruções para as conferências da Comissão, protocolo dos motivos do Projeto, e demais providências que convier à boa organização deste trabalho. José Thomaz Nabuco de Araújo, do meu Conselho, Ministro e Secretário d’Estado dos Negócios da Justiça, assim o tenha entendido, e faça executar” (Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, v. 1, p. XVII).

¹⁷⁴ A mensalidade paga a TEIXEIRA DE FREITAS era de 1.200\$, mas ficava-lhe o direito de advogar. O prêmio seria depois fixado por lei e o foi, em 1863, em 100:000\$ (Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.053).

¹⁷⁵ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 19.

ainda, era incapaz de repouso e de infecundidade. Na Consolidação o seu gênio tinha tido que se curvar à lei escrita, à rotina dos tribunais, à estreiteza da velha jurisprudência, às vezes obsoleta: fora apenas chamado a repetir, não a reformar, a lei existente, a renová-la com maior clareza e individualização, qualquer que fosse o seu defeito intrínseco, a sua incongruência e a sua insuficiência perante a época; no Código Civil podia, porém, exercitar as suas faculdades criadoras, dar a sua medida; não tinha mais que se escravizar às idéias e às formas do passado; tinha a mais ampla liberdade, podia adaptar a sua concepção do direito, como a sua imaginação lhe inspirasse, às condições reais do nosso país, transformar-lhe mesmo o destino, tal fosse o seu gênio¹⁷⁶.

A essa obra Teixeira de Freitas se dedicou, sem reserva de uma só parcela de si mesmo. Assinou o contrato, como vimos, em janeiro de 1859, e em agosto de 1860 começou a impressão do seu Esboço de Código Civil, precedendo-o da seguinte explicação:

“Antes de apresentar ao governo Imperial o Projeto do *Código Civil*, cuja redação me foi encarregada por decreto de 2 de janeiro de 1859, entendi que o devia apurar com a estampa das diversas partes deste longo trabalho, que por ora tem o título de *Esboço*. Expor-me à censura de todos, facilitar a minha própria censura, que acharia embaraço na combinação de páginas manuscritas, eis o fruto que pretendo colher desta primeira tentativa”¹⁷⁷.

Em 1860 publicou ele a primeira seção do Livro Primeiro, intitulada Das Pessoas, e precedida de uns quinze artigos preliminares sobre o lugar e o tempo da execução das leis. Seguiu-se a publicação das Segunda e Terceira Seções também da Parte Geral, intituladas Das coisas e Dos fatos. Em 1861 foram publicadas as Seções Primeira e Segunda do Livro Segundo (Dos direitos pessoais), intituladas Dos direitos pessoais em geral e Dos direitos pessoais nas relações de família. Os artigos já não eram acompanhados dos abundantes comentários da primeira série. Em 1865 apareceu, em um grosso volume de quinhentas páginas, a terceira seção desse Livro: Dos direitos pessoais nas relações

¹⁷⁶ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.054. Anota LOPES, José Reinaldo de Lima (*Op. cit.*, p. 301-302) que Teixeira de Freitas rejeitou o modelo francês de um código civil simples, voltado para o cidadão comum, adotando o modelo alemão: a “ciência do direito” de estilo pandectístico, o direito dos professores (*Professorenrecht*) voltada para a precisão da linguagem conceitual, afastada do senso comum do leigo. Critica o autor (*Op. cit.*, p. 343) esse trabalho nos seguintes termos: “Era eruditíssimo o trabalho, mas Teixeira de Freitas era mais homem de gabinete do que outra coisa, e a vida do foro podia continuar andando com as Ordenações, com a Consolidação, com os comentários dos mais práticos, com o apoio do Código Comercial”.

¹⁷⁷ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.054.

civis. O esboço já tinha atingido, então, 3.702 artigos. Além desses, tinha Teixeira de Freitas mais 1.314 artigos impressos na tipografia Laemmert sobre os Direitos reais¹⁷⁸.

Quando a obra se achava nesse estado de adiantamento, Teixeira de Freitas começou a manifestar dificuldade em terminá-la, desejo mesmo de abandoná-la nesse estado de esboço inacabado, desejo a que se seguiu, pouco depois, o desgosto de tê-la feito. Diversas causas concorreram para esse arrefecimento do mais ardente entusiasmo e fervor que jamais animou um grande jurista. O governo Zacarias havia nomeado, pelo Decreto de 29 de dezembro de 1863¹⁷⁹, uma comissão revisora do projeto, de que era presidente o Visconde de Uruguai e membros Nabuco de Araújo, José Mariani, Lourenço José Ribeiro, Francisco J. Furtado, Antônio J. Ribas, Brás Florentino Henriques de Souza e Caetano Alberto Soares. A comissão encetou os seus trabalhos em abril de 1865, entrando pouco depois Nabuco de Araújo para o Ministério da Justiça. A lentidão dos trabalhos dessa comissão¹⁸⁰ e o desencontro das opiniões desgostaram Teixeira de Freitas. Ao mesmo tempo, tendo expirado em 1861 o prazo do seu contrato, tinham cessado as mensalidades que ele recebia; só podia receber qualquer auxílio do governo como adiantamento do prêmio. Quando Teixeira de Freitas se abriu a esse respeito com Nabuco de Araújo, este não teve mais tempo de resolver a dificuldade, porque o ministério estava, de fato e de longa data, em crise que se resolveu, dias depois, pela sua retirada¹⁸¹.

Em 1866, já se convencia Teixeira de Freitas da necessidade de imprimir ao seu trabalho nova diretriz. De uma parte, impunha-se um Código de Direito Privado, a que denominou Código Civil, unificando as leis civis e comerciais, já que, justificava ele, “não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que se deu o nome de direito comercial; pois todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação de existência”¹⁸². De outra parte, era indispensável um “Código Geral” que unificasse o direito privado e o direito público – acima, pois, das codificações específicas, ou seja, da civil, da penal, da processual – com definições e regras de publicação,

¹⁷⁸ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.054-1.055.

¹⁷⁹ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 19-20.

¹⁸⁰ A propósito, escreveu Teixeira de Freitas a Nabuco de Araújo: “Tendo o projeto mais de 4.000 artigos, mais de cem anos serão necessários para sua revisão total” (Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.055).

¹⁸¹ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.055.

¹⁸² Cf. MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 25.

interpretação e aplicação das leis¹⁸³. Tido como muito audacioso, o plano de Teixeira de Freitas foi prontamente rejeitado. Mas o que ele realizou e propôs, sem êxito no Brasil, encontrou seguidores no exterior: enquanto o Esboço influenciou grandemente o Código Civil argentino de 1865¹⁸⁴, o do Uruguai e de outras repúblicas hispano-americanas¹⁸⁵, suas idéias sobre um Código de Direito Privado e um Código Geral encontraram receptividade na legislação italiana de 1942 e na japonesa de 1898¹⁸⁶. Teixeira de Freitas foi proclamado, no Uruguai, na Argentina e no Paraguai “o Savigny americano”¹⁸⁷. Muitas disposições que se acham no Código alemão (BGB) e no Código suíço (*Zivilgesetzbuch*) achavam-se no Esboço, talvez sem que o soubessem os seus legisladores¹⁸⁸.

Foi sob a pressão dessas contrariedades, as quais agravaram os efeitos da fadiga cerebral, que Teixeira de Freitas, em 20 de novembro de 1866, resolveu abrir mão dos trabalhos do Código Civil¹⁸⁹.

O Esboço já contava com 4.908 artigos ao ser interrompido, e era dividido¹⁹⁰ em um Título Preliminar (Do lugar e do tempo), uma Parte Geral (Livro

¹⁸³ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 144.

¹⁸⁴ Em carta a Dalmacio Velez Sarsfield, o codificador da lei civil Argentina, escreveu Teixeira de Freitas: “Vi que compreendeu perfeitamente o meu sistema; e nada mais grato para mim do que essa espontânea uniformidade de idéias, que assim fortalece a verdade da síntese que ousei formular” (Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 242). Anota PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (**Fontes... cit.**, p. 9) que “o argentino Vélez Sarsfield, ainda imitando, conseguiu, por vezes, ser a si mesmo”. Qual foi a proporção dos artigos do projeto de Freitas que foram introduzidos no Código Civil argentino, é o que os juristas argentinos procuraram verificar; e o eminente Lisandro Segovia, na Introdução de seu livro clássico sobre o Código Civil da República Argentina informa que “sobre os 3.000 artigos, que constituem a parte do Código argentino, correspondente à parte publicada do projeto de Freitas, mais de mil, seja (*sic*) mais de um terço, foram tomados quase textualmente, na obra inacabada do jurisconsulto brasileiro” (Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 4). O fato de tão considerável aproveitamento do projeto brasileiro no Código argentino provocou a crítica e a reclamação de Alberdi, eminente publicista argentino, que era, entretanto, manifesto e intransigente inimigo do Brasil. O grande codificador argentino enfrentou, porém, sobranceiro e energicamente o formidável adversário e respondeu: “O Dr. Alberdi confessa que não conhece os trabalhos de Teixeira de Freitas e se mostra convencido de que nada existe melhor do que os juriconsultos redigiram que é o Código francês, tão criticado hoje pelos próprios juriconsultos franceses. Peço-lhe perdão; mas, depois do estudo sério dos trabalhos de Freitas, eu considero que somente os trabalhos de Savigny lhes podem ser comparados”. O Código Argentino entrou em vigor em 1871, e é interessante registrar que, ainda em 1909, uma nova edição do Esboço de FREITAS foi publicada em castelhano na República Argentina, formando dois grossos volumes com o subtítulo, bem significativo, de Obra fundamental do Código argentino (Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 4-5).

¹⁸⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes... cit.**, p. 63 e 80.

¹⁸⁶ Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Op. cit.*, p. 242.

¹⁸⁷ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes... cit.**, p. 63.

¹⁸⁹ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.056.

Primeiro: Dos elementos dos direitos, dividido em Pessoas, Coisas e Fatos) e uma Parte Especial, dividida em três Livros (Dos direitos pessoais¹⁹¹, Dos direitos reais¹⁹² e Disposições comuns, reais e pessoais), tratando a última delas, em primeiro lugar, da herança. Mas Teixeira de Freitas não levou a cabo o Terceiro Livro da Parte Especial¹⁹³. Assim, em que pese a importância do Esboço, não tem ele relevância para o presente trabalho.

2.4. Projeto de Nabuco de Araújo

José de Alencar, o grande romancista, que foi também um eminente homem de Estado, era Ministro da Justiça em 1868, e, no momento em que compreendeu que Freitas não terminaria a elaboração do Código, pensou em fazer adotar como Código a própria Consolidação, desenvolvida em algumas de suas partes¹⁹⁴.

Convém ainda citar, apenas *en passant*, que em 1871 o Visconde de Seabra, jurista português¹⁹⁵, ofereceu ao Imperador os primeiros trabalhos de um projeto de Código com 392 artigos manuscritos. Não passou de um título preliminar e de uma primeira parte dedicada à capacidade civil e seu exercício, sendo que prometia ser

¹⁹⁰ Para esta e as demais citações do Esboço de Teixeira de Freitas, utilizou-se a edição publicada pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores no Rio de Janeiro em 1952.

¹⁹¹ Este Livro Segundo estava dividido em três Seções: Dos direitos pessoais em geral, Dos direitos pessoais nas relações de família e Dos direitos pessoais nas relações civis.

¹⁹² O Livro Terceiro estava dividido em três Seções também: Dos direitos reais em geral, Dos direitos reais sobre as coisas próprias e Dos direitos reais sobre coisas alheias.

¹⁹³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 81. A propósito, observa VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, Apêndice III) que o professor de Direito Civil e Reitor da Universidade de Córdoba, Dr. Novillo Corvalán, contou que em seu tempo de estudante era corrente entre os alunos da Faculdade de Direito esta pergunta: “Por que motivo o catedrático de Direito Civil fracassa ao explicar o Direito de Sucessões?” (No original: “*Por qué motivo el catedrático de Derecho Civil fracasa al explicar el Derecho de Sucesiones?*”). E a resposta imediata era: “Porque Freitas, em seu ‘Esboço’, não chegou a tratar das Sucessões” (No original: “*Porque Freitas, em su ‘Esbozo’, no llegó a tratar de las Sucesiones*”).

¹⁹⁴ Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 3.

¹⁹⁵ Anota BEVILÁQUA, Clóvis (Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro. *In: Códigos Cíveis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 14) que, para obviar às objeções do amor próprio nacional, o autor se declarou natural do Rio de Janeiro e cadete honorário do antigo regimento de cavalaria de linha de Minas Gerais.

uma variante do Código Lusitano¹⁹⁶. Não obteve ato oficial que lhe desse, sequer, valor histórico. Como nota PONTES DE MIRANDA, sendo posterior à “construção sólida, profunda, criadora, de Teixeira de Freitas, tinha de ser considerado impertinente o oferecimento do Visconde de Seabra”¹⁹⁷.

Frustrado o Esboço de Teixeira de Freitas, comissionou-se a Nabuco de Araújo a tarefa de elaboração de um Projeto de Código Civil. Pelo contrato, autorizado pelo Decreto nº. 5.164, de 11 de novembro de 1872¹⁹⁸, para começar no dia 1º. de janeiro de 1873, Nabuco obrigava-se a concluir o Código Civil no prazo de cinco anos. Enquanto durasse a elaboração da obra, receberia a mensalidade de dois mil réis, não podendo nesse intervalo advogar, e, uma vez entregue o Código, receberia o prêmio de cem mil réis, independentemente de qualquer juízo a respeito dele. Se terminasse a obra antes do prazo marcado, teria direito, em qualquer tempo que o fizesse, às mensalidades restantes. Foi o próprio Nabuco de Araújo que apresentou ao Ministro Duarte de Azevedo o plano do Código Civil:

“Tendo aceitado, posto que com o temor da magnitude do objeto e o desânimo de substituir ao sábio jurista que a renunciou, a honrosa missão de que me encarregou o governo imperial, de organizar o Código Civil deste Império, só me resta cumprir o dever, imposto por V. Ex., de dizer a minha opinião sobre o método que convém à confecção do mesmo Código Civil. Depois de muito pensar, cheguei à firme convicção de que seria temeridade substituir ou modificar, sem estudo, o método que serviu de base ao contrato de 10 de janeiro de 1859, método luminosamente defendido na introdução à *Consolidação das Leis Civis* e aprovado pelo governo imperial, depois de exame de uma comissão... O que se pode prometer é que o projeto não exorbite o objeto do Código Civil, que não confunda a legislação com a doutrina; que, por causa do valor científico, não sacrifique o valor prático, que convém a uma legislação que é a mais intimamente ligada à vida real do povo, e deve, quanto for possível estar ao alcance dele”¹⁹⁹.

Desde o primeiro dia do seu contrato, Nabuco começou os estudos e trabalhos necessários para o executar lealmente, e, durante cinco anos, dedicou todos os dias a melhor parte do seu tempo à obra que empreendera. Esse tempo, contudo, não lhe foi suficiente senão para engendrar mentalmente a grande construção, e o prazo terminou

¹⁹⁶ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Observações... cit.*, p. 14.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes... cit.*, p. 81-82.

¹⁹⁸ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 149.

¹⁹⁹ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.062-1.063.

sem que ele tenha feito mais do que reunir os materiais que deviam figurar nela e levantar a planta de cada uma de suas partes nos mínimos pormenores, isto sem deixar nenhuma parte do edifício materialmente acabada. Foi nessas condições que ele pediu uma prorrogação ao Ministro da Justiça, Gama Cerqueira, do Gabinete Caxias-Cotegipe. A prorrogação foi dada sem vencimentos, permitindo-lhe, porém, advogar; tinha, portanto, para prover à subsistência da família, que voltar ao foro, ao mesmo tempo que estava empenhado em uma obra máxima que exigia despreocupação do lado material da vida. Abria-se-lhe, assim, a mesma perspectiva de Teixeira de Freitas, que levava treze anos a pensar no seu Código Civil, ou, contando os cinco anos da Consolidação, não menos de dezoito anos. Foi então urgido pelas circunstâncias que Nabuco começou a articular seguidamente o seu Código, tomando o que podia conservar do Esboço de Teixeira de Freitas, para, quanto possível, a obra ser comum. Ninguém pode, entretanto, dizer se esse esboço era o princípio da obra, ou simplesmente a escolha, por eliminação, dos materiais a que depois ele imprimiria seu cunho individual e da qual faria nascer o verdadeiro Código. Infelizmente para o país, no começo desse trabalho, sob a pressão das condições adversas em que desde então o tinha de executar, Nabuco de Araújo faleceu, levando consigo a chave dos trabalhos que deixou²⁰⁰.

Morreu em 1898, deixando, em cadernos, grande quantidade de notas; redigidos, porém, deixou apenas duzentos artigos²⁰¹. Pelo método de trabalho que adotou, Nabuco de Araújo não deixou nem o Código, nem sequer o pensamento do seu Código. Com a sua notação imperfeita, subjetiva, a obra era para ficar toda concluída ou ser levada com ele para o túmulo. Não pensou decerto em não deixar, como deixou Teixeira de Freitas, matérias de que outros pudessem tirar os seus códigos civis; mas se tivesse calculado o modo de impedir que a obra inacabada pudesse vir a ser de outrem, não poderia ter melhor assegurado a realização de tal desejo. Pelo fragmento publicado, pode-se apenas conjecturar que o Código de Nabuco de Araújo, uma vez completo, não seria a criação de um puro filósofo, de um professor de universidade, e sim de um estadista, mais preocupado com o efeito prático da legislação a que ligasse o seu nome, o seu alcance social, com a clareza, compreensão e vastidão da lei, do que com a metafísica do direito²⁰².

²⁰⁰ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.063-1.064.

²⁰¹ Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 7.

²⁰² Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.066-1.067.

Quando Nabuco de Araújo faleceu sem deixar o Código, Teixeira de Freitas, já com a sua forte e orgulhosa inteligência alterada, desmoronada das alturas a que se elevara, teve um grande abalo moral, e, por um impulso de gratidão e de solidariedade, ofereceu-se para pagar a dívida de Nabuco, recolhendo e animando os fragmentos da sua obra interrompida, o que não foi aceito pelo Governo²⁰³. De certo em toda a sua vida não recebeu Nabuco de Araújo mais funda impressão da nobreza instintiva do homem do que essa generosidade que tocou a seus filhos agradecer. “Não podia o suplicante”, dizia Teixeira de Freitas na sua proposta, “inquietar-se pela incumbência da mais sublime, da mais difícil, mais benéfica de todas as composições, a um homem da sua confiança, seu consorte desde o começo da jornada; mas agora, já que o sócio deixou de existir, prossiga o supérstite na tarefa, consuma (*sic*) o esperançoso artefato... Se reputam o caso de força maior, o suplicante propõe-se a reparar completamente o infortúnio; se injustamente quiserem considerá-lo de culpa, o suplicante propõe-se remi-lo escrupulosamente, como se não houvera ocorrido, satisfazendo – *real a real de ciência* – o prejuízo causado e todas as suas partes e conseqüências”. Referindo-se à relação, na codificação civil, entre ele e Nabuco de Araújo, falou do indestrutível nexa que providencialmente existia entre “o *creator* e o *criador* desse tronco de geração ideal”. Quanto a Nabuco de Araújo ter deixado a obra incompleta, diz que “não se enganou o digno ministro de 1872 (Duarte de Azevedo) sobre a capacidade possante do jurisconsulto... Se durante a vida famosa do estudioso jurista, ninguém ousou duvidar da sua providíssima dedicação literária, a ninguém, por sua morte, seja lícito imputar-lhe negligências, nem mesmo conceber desfavoráveis juízos, seja qual for o estado em que o destino o forçasse a parar. O caso não é de vil empreitada mercenária. Trata-se de um laborioso estadista, que no remanso do seu gabinete só devia minar perfeições”²⁰⁴.

Como dito, Nabuco não deixou praticamente nada de seu Projeto pronto. Do pouco que deixou, nada se referia a sucessões, pelo que a matéria objeto do presente trabalho não encontra tratamento nos atos preparatórios de Nabuco de Araújo.

²⁰³ Anota, a propósito, OCTAVIO, Rodrigo (A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 7): “Infelizmente, o notório enfraquecimento mental do grande jurisconsulto impediu o governo de aceitar esta proposta”.

²⁰⁴ Cf. NABUCO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 1.068-1.069.

2.5. Projeto de Felício dos Santos

Em seguida a Teixeira de Freitas e Nabuco de Araújo, o mineiro Joaquim Felício dos Santos assumiu²⁰⁵ a incumbência de elaborar um Projeto de Código Civil em 1881²⁰⁶. Não logrou, porém, êxito em seu trabalho²⁰⁷.

A comissão nomeada para examinar o seu Projeto, composta pelos Conselheiros Antônio Joaquim Ribas, Francisco Justino Gonçalves de Andrade, Antônio Ferreira Viana e Antônio Coelho Rodrigues²⁰⁸, reconheceu haver “vantagem de serem aceitos como base para uma revisão ulterior” e, em 27 de setembro de 1881, chegou a opinar que, “tendo os *Apontamentos* subido mérito, como trabalho preparatório, podia o seu autor, retocando-os com arte, aparelhar um Projeto em condições de franca revisão”²⁰⁹. Coelho Rodrigues, professor de direito e jurisconsulto, mais tarde senador da República, e encarregado, ele mesmo, em 1896, de redigir o Código Civil, disse desta obra que era ela “de grande fôlego, e que, sem dúvida, não se podia considerar, na sua primeira forma, como um projeto definitivo, mas que continha todas as matérias necessárias, sob a condição de se juntar o tempo, a reflexão e o trabalho de lima para perfazer a obra”²¹⁰.

Felício dos Santos articulou, definitivamente, o trabalho em Projeto, apresentando-o à Câmara dos Deputados em sessão de 25 de março de 1884, além de oferecê-lo à mesma comissão, sem obter resposta. Posteriormente, escreveu ele um Comentário completo ao mesmo Projeto, artigo por artigo, em cinco volumes, entre 1884 e 1887, com “brilhante resposta àquela comissão”²¹¹.

²⁰⁵ Anota OCTAVIO, Rodrigo (A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 8) que foi o próprio Felício dos Santos quem se ofereceu para a elaboração do Projeto. E acrescenta: “Não se sabe bem como as coisas se passaram. O fato é que o Ministro da Justiça era nesse momento, Lafayette Pereira, um dos maiores jurisconsultos do Brasil, filho, também, da Província de Minas Gerais, e que certamente conhecia o valor da proposta”.

²⁰⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima (*Op. cit.*, p. 303), contudo, aponta a data de 1878 a este Projeto.

²⁰⁷ Anota LOPES, José Reinaldo de Lima (*Op. cit.*, p. 303) que este Projeto, bem como o de Nabuco de Araújo, não conseguiu a influência do Projeto de Teixeira de Freitas.

²⁰⁸ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 20.

²⁰⁹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 82.

²¹⁰ Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 8.

²¹¹ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 150.

O projeto de Felício dos Santos²¹², sob o título “Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro”, compunha-se de 2.692 artigos e era dividido em Título Preliminar (Da publicação, efeitos e aplicação das leis em geral), Parte Geral e Parte Especial, sendo a Parte Geral dividida em três Livros (Das pessoas em geral, Das coisas em geral, Dos atos jurídicos em geral), assim como a Parte Especial (Das pessoas em particular, Das coisas em particular, Dos atos jurídicos em particular)²¹³.

A sucessão foi tratada no Título Quarto do Livro II da Parte Especial, a partir do art. 1.392, sendo que as disposições de última vontade foram tratadas no Título Primeiro do Livro III. O citado Título Quarto era dividido em três Capítulos: Disposições preliminares, Da sucessão legítima e Disposições comuns à sucessão legítima e testamentária.

A ordem de vocação hereditária estava disposta no art. 1.399: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais e Estado. E o art. 1.422 explicitava: “Na falta de descendentes e ascendentes sucessíveis, é chamado à sucessão de toda a herança o cônjuge sobrevivente, exceto achando-se judicialmente separados, e tendo o cônjuge sobrevivente dado causa à separação”.

O cônjuge tinha, em primeiro lugar, o encargo de cabeça de casal, desde que não estivesse judicialmente separado (art. 1.486), sendo sua posse e administração, nos casamentos que não tivessem regime de comunhão, apenas sobre os bens em que o cônjuge fosse interessado (art. 1.487).

Não falava o Projeto de Felício dos Santos de legítima. Ao contrário, dizia o art. 1.398: “Só terá lugar a sucessão legítima faltando a testamentária, ou no que esta for deficiente”. Entende-se assim inexistente qualquer legítima no Projeto, tendo o testador liberdade plena de testar.

²¹² Para esta e todas as demais referências ao Projeto de Código Civil de Joaquim Felício dos Santos, utilizou-se a edição publicada em 1882 no Rio de Janeiro pela Tipografia Nacional.

²¹³ NASCIMENTO, Walter Vieira do (*Op. cit.*, p. 243) repete essa descrição da obra, que encontramos no texto consultado. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti (**Fontes... cit.**, p. 98), contudo, aponta classificação diferente, não constante do texto consultado: I) Direito civil (propriamente dito): a) Direito das coisas; b) Direito das obrigações; II) Direito de Família: a) no presente: puro e aplicado (direito de família propriamente dito); b) no futuro: sucessão legítima e sucessão testamentária.

O Governo, querendo aproveitar a competência das disposições favoráveis da notável comissão de estudo, resolveu, por ato de 9 de novembro de 1885, transformá-la em comissão permanente, encarregada diretamente da elaboração do Código Civil, a ela juntando Felício dos Santos, autor dos *Apontamentos*; mas o jurista mineiro não aceitou o encargo. Esta comissão, apesar da confiança que inspirava, não deu seguimento ao trabalho²¹⁴.

O último Gabinete do Império (7 de junho de 1889), chamado Gabinete Ouro Preto²¹⁵, cogitou do Código Civil e nomeou outra comissão de sete membros²¹⁶. Tal comissão trabalhou intensamente até 14 de novembro, com a presença de D. Pedro II, que cedeu uma das Salas do Paço para suas sessões e fez intervenções relevantes, por exemplo, combatendo o princípio da reciprocidade, defendendo a socialização dos direitos autorais etc²¹⁷. A comissão, presidida pelo conselheiro Cândido de Oliveira, Ministro da Justiça, integrava-se com os conselheiros Afonso Augusto Moreira Pena, José da Silva Costa, Olegário de Aquino e Castro (do Supremo Tribunal de Justiça²¹⁸), o Senador Manoel Pinto de Souza Dantas, o Prof. Coelho Rodrigues e o Barão de Sobral²¹⁹. Mas sobreveio a República, que a extinguiu²²⁰. Como era de se prever, com a mudança de toda a organização política do país, a comissão do Código foi dissolvida. Nem seus dignos membros, homens de Estado do Império e que se achavam, nesse mesmo momento, em trabalho sob a direção pessoal do Imperador, teriam jamais consentido em prosseguir no

²¹⁴ Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 8.

²¹⁵ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 21.

²¹⁶ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 82. Diz OCTAVIO, Rodrigo (A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 8) que “seus membros eram também homens competentes, de boa vontade e decisão”.

²¹⁷ Informa, a propósito, OCTAVIO, Rodrigo (A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 9): “E sabe-se que o Imperador não se limitava a honrar com sua presença, os trabalhos dessas reuniões técnicas; tomou parte nas discussões, e apresentou sugestões, sempre inspiradas em um grande espírito liberal. Graças à sua iniciativa, o princípio da reciprocidade foi banido das preocupações da comissão; segundo a opinião manifestada por D. Pedro II, os princípios, em geral, deviam ser aceitos por que eram bons e úteis e não subordinar a aplicação de qualquer deles, que nós tenhamos por bom e útil, à circunstância de que outros países os adotem”.

²¹⁸ Anota Ricardo Rodrigues GAMA, em atualização à obra de PEREIRA, Lafayette Rodrigues (*Op. cit.*, p. 27), que o Supremo Tribunal de Justiça foi a primeira versão, muito tímida, em razão de sua competência limitada, do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1824 dispôs, em seu art. 163, que, na Capital, além da Relação que deveria existir, assim como nas demais províncias, haveria também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto por juízes letrados, tirados das relações por suas antiguidades, e seriam condecorados com título de conselheiro.

²¹⁹ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 150; ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 21.

²²⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 82.

trabalho sob o novo regime. É evidente, de outro lado, que, à mudança das instituições, deviam corresponder, mesmo no domínio das relações da vida privada, orientações novas, mais avançadas e mais liberais. Efetivamente, o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Sr. Campos Salles, por ato de 20 de novembro, cinco dias depois da queda da monarquia, dissolveu a comissão, sob o argumento de que, de acordo com o novo regime, as antigas Províncias, erigidas em Estados, sob o regime federativo, deviam ter a competência necessária para criar suas próprias leis e organizar seus próprios Códigos²²¹.

2.6. Projeto de Coelho Rodrigues

A um dos membros da última comissão, o Senador republicano Antônio Coelho Rodrigues, antigo professor de direito civil na Faculdade de Pernambuco, deputado durante o Império, jurista de renome, que havia sido membro de várias comissões encarregadas de exames de projetos do Código Civil²²², cometeu o Governo do novo regime a feitura do Projeto em 15 de julho de 1890, tendo ele terminado-o em Genebra, em 11 de janeiro de 1893, inspirando seu trabalho no Código de Zurique e em raras idéias vigentes na Alemanha²²³. Apresentado o trabalho ao Governo e publicado em fevereiro do mesmo ano, foi nomeada uma Comissão, tendo como Relator o Dr. Torres Netto, do Instituto dos Advogados, que denunciou no Projeto defeitos capitais, pelo que o Ministro da Justiça, Fernando Lobo, não o remeteu ao Congresso, recusando o pagamento do prêmio previsto no contrato²²⁴.

Coelho Rodrigues era um profundo conhecedor do direito civil, muito familiarizado com o direito romano (tendo feito uma tradução das Institutas de Justiniano) e possuía conhecimento da língua e da arte de escrever²²⁵. O projeto, contudo, não foi bem

²²¹ Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 9.

²²² Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 10.

²²³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 82-83; VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 179.

²²⁴ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 179.

²²⁵ Cf. OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 10.

acolhido, porque Saldanha Marinho porfiava em dar guarida ao Projeto de Felício dos Santos²²⁶. Saldanha Marinho, inclusive, já tinha apresentado um Projeto de Lei pela adoção “como Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil do projeto apresentado pelo Senador Felícios dos Santos”, que, após muita discussão, combatido por Campos Salles e defendido por Américo Lobo, decidiu-se, em outubro de 1891, retirar da discussão, aguardando-se o contrato celebrado com Coelho Rodrigues²²⁷.

Coelho Rodrigues fez, então, oferta do seu trabalho ao Senado, e pôs-se ali a discuti-lo com alguns de seus pares²²⁸. O Projeto de Coelho Rodrigues tomou o nº. 35/1896²²⁹. Nomeado no Senado uma Comissão para estudar o Projeto, composta por Gonçalves Chaves (Relator), João Barbalho e J. L. Coelho e Campos, foi pela mesma sugerida a sua aprovação, para entrar em vigor após revisão por uma comissão de juristas a ser nomeada pelo Presidente da República²³⁰, tendo o Senado, em 5 de

²²⁶ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 21. Anota NABUCO, Joaquim (*Op. cit.*, p. 1.071) que Coelho Rodrigues censurou Teixeira de Freitas e Nabuco de Araújo por não terem deixado a advocacia para fazerem seus Códigos, o que ele (Coelho Rodrigues) fez, aprontando seu Código em pouco tempo. Mas, como menciona o citado autor, “esse projeto ele o viu, entretanto, rejeitado com igual pressa pela comissão nomeada”.

²²⁷ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 179.

²²⁸ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 21.

²²⁹ Cf. versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002, intitulado **Códigos Civis do Brasil: do Império à República**.

²³⁰ Eis o inteiro teor da conclusão da citada comissão: “A comissão dá por concluído o seu trabalho; tem consciência de que ele não corresponde à magnitude do assunto e é deficientíssimo. Releve-lhe o Senado essas imperfeições. A escassez do tempo para estudos de tanta monta, a alta competência que eles exigem, e que falece à comissão, a boa vontade com que ela se entregou a essa tarefa, certa de que praticava um ato instantâneo de patriotismo, concorrendo para dotar o país, no mais breve tempo, de um código civil, asseguram-lhe a benevolência do Senado. A comissão tem a honra de propor ao Senado o seguinte projeto, que sintetiza as suas idéias: O Congresso Nacional decreta: Art. 1º. É aprovado o projeto do código civil, organizado pelo Dr. Antonio Coelho Rodrigues, como base do Código Civil Brasileiro, e será posto em execução, depois de revisto por uma comissão de juristas, na forma determinada nos artigos seguintes; Art. 2º. O presidente da República nomeará esta comissão dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, lentes das Faculdades de Direito, oficiais e advogados notáveis. Art. 3º. A comissão, no prazo máximo de dezoito meses, a contar-se da data em que der começo aos seus trabalhos, fará a revisão do referido projeto, quando convenha, no fundo e na forma, observadas as seguintes prescrições: a) Em relação ao sistema geral do projeto será mantida a classificação nele estabelecida, transpondo-se, porém, para o livro segundo da parte especial o Direito das Obrigações, colocando-se nesta e no livro primeiro – a Posse, propriedade, e outros direitos reais, e acrescentando-se à mesma parte um livro, que conterà a Teoria das ações. b) Serão eliminadas da parte geral a prescrição (liv. 3. tit. 3 cap. 3); as disposições estranhas ao direito civil, referentes à nacionalidade (liv. 1, tit. 3); as dos arts. 120, §§ 1, 2 e 3, 134, 181 e 183, que pertencem ao direito administrativo, toda a matéria processual, e puramente regulamentar compreendida no art. 132, no tit. 5º. liv. 3º. e no liv. 3 tit. 2. c) Serão igualmente eliminadas as disposições processuais e puramente regulamentares, contidas na parte especial. d) A parte especial será organizada, observando-se as doutrinas exaradas na exposição de motivos desta lei. Art. 4º. Feita a revisão do projeto, o Presidente da República o mandará por imediatamente em execução, submetendo-o a ulterior exame do Congresso. A comissão fará acompanhar o projeto de uma exposição de motivos. Art. 5º. Se antes de terminado o prazo do art. 3º., mas depois de um ano, a comissão concluir a revisão do projeto, terá direito

setembro de 1896, pelo Parecer nº. 35/1896, autorizado o Governo a contratar um jurisconsulto brasileiro para fazer a revisão²³¹, o que foi, em 23 de setembro de 1896, ratificado pelo Parecer nº. 147/1896, do Senado, que previu a nomeação não de um jurisconsulto, mas de uma comissão²³², e depois, em 6 de novembro de 1896, novamente ratificado pelo Parecer nº. 200/1896, do Senado, que previu remuneração aos jurisconsultos nomeados²³³. Mas, remetido à Câmara, foi tal projeto esquecido²³⁴.

O Projeto de Coelho Rodrigues²³⁵ estava dividido em Lei Preliminar, Parte Geral (dividida em três Livros – Das pessoas, Dos bens e Dos fatos e atos jurídicos), Parte Especial (dividida em quatro partes – Das obrigações; Da posse, da propriedade e dos direitos reais; Dos direitos da família; e Direito das sucessões), Disposição final e Disposições adicionais transitórias.

O Livro IV, que tratou das sucessões, dividiu-se em quatro Títulos, sendo que o primeiro tratava Das diversas espécies de sucessão; o segundo, Da sucessão legal; o terceiro, Da sucessão testamentária; o quarto, de Disposições comuns à sucessão legítima e à testamentária. O Título II, que aqui mais nos interessa, era dividido em três Capítulos (Dos herdeiros legítimos, Da sucessão do Município, do Estado ou da União e Da herança jacente).

Enunciava o art. 2.408 sucederem, em primeiro lugar, os parentes legítimos²³⁶, com preferência à linha reta (art. 2.409, § 1º.²³⁷) e, dentro dela, aos mais

às vantagens, que perceberia durante todo o prazo. Art. 6º. O autor do projeto receberá o prêmio estipulado no n. 4 do contrato celebrado entre ele e o Ministro da Justiça em 12 de julho de 1890; ficando obrigado a prestar as informações e esclarecimentos sobre o projeto, que lhe forem exigidos pela comissão. Art. 7º. Fica autorizado o Presidente da República a despende até a quantia de 500:000\$ para o cumprimento desta lei” (Cf. Parecer nº. 100/1896, da Comissão especial, encarregada do estudo do projeto do Código Civil apresentado pelo Sr. Senador Coelho Rodrigues, publicado eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002).

²³¹ Cf. Parecer nº. 35/1896 do Senado, publicado eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

²³² Cf. Parecer nº. 147/1896 do Senado, publicado eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

²³³ Cf. Parecer nº. 200/1896 do Senado, publicado eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

²³⁴ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 21.

²³⁵ Para esta e as demais referências ao Projeto do Código Civil de Coelho Rodrigues, utilizou-se a edição publicada pelo Departamento de Imprensa Nacional em 1980, em Brasília.

²³⁶ “Art. 2.408: Sucedem ao intestado, em primeiro lugar, os seus parentes legítimos, segundo a ordem de sua vocação estabelecida neste capítulo”.

próximos em grau (§ 2º.²³⁸). Dava-se preferência ao sucessor brasileiro em detrimento do estrangeiro (art. 2.415²³⁹).

O cônjuge só herdaria se não houvesse parente sucessível dentro do oitavo grau (art. 2.417²⁴⁰). Mas, para conservar a herança, teria que permanecer viúvo; casando-se de novo, perdia os bens da herança em favor dos parentes do falecido (art. 2.413²⁴¹). Deve-se entender tratar-se, neste caso, da herança testamentária, ou de herança havida em razão de renúncia ou indignidade dos parentes, já que, havendo parentes do *de cuius*, o cônjuge, ordinariamente, nada herdaria.

2.7. Consolidação de Carlos de Carvalho

Em 1899, Carlos de Carvalho fez publicar em Bruxelas a sua “Nova Consolidação das Leis Civis” ou “Direito Civil Brasileiro Recopilado”, composta de três partes²⁴²: a) uma Introdução, com 112 páginas; b) um “Código Civil”, com um Título Preliminar, a Parte Geral e a Parte Especial, com cinco Livros (Bens, Obrigações, Família, Sucessão e Concurso de credores), em um total de 1.920 artigos; c) uma Parte Complementar, tratando dos registros, dividida em seis Títulos. Dela disse PONTES DE MIRANDA: “Carlos de Carvalho, já na República, escreveu a *Nova Consolidação das Leis Civis*, em que procurou atualizar, resumir e afeiçoar a novas tendências doutrinárias a

²³⁷ “§ 1º.: A linha reta exclui a colateral e na mesma linha reta os descendentes excluem os ascendentes, salvo o disposto no art. 2.402”.

²³⁸ “§ 2º.: Em cada uma das linhas o grau mais próximo exclui o mais remoto, salvo o direito de representação aos herdeiros que o tiverem”.

²³⁹ “Art. 2.415: Concorrendo brasileiros e estrangeiros à sucessão de um parente comum, que deixasse bens no Brasil e noutro país, os brasileiros preferirão os estrangeiros em uma porção daqueles, equivalente à porção dos outros bens de que forem excluídos, em virtude de privilégios, costumes ou leis especiais do respectivo país. Esta preferência far-se-á efetiva sobre os bens existentes no Brasil a respeito dos quais os herdeiros brasileiros poderiam concorrer com os estrangeiros”.

²⁴⁰ “Art. 2.417: Se ao decujo não sobreviver parente sucessível dentro do oitavo grau, ou se todos os sobreviventes recusarem ou forem excluídos da herança, esta competirá ao cônjuge sobrevivente, se o houver nos termos do art. 1.958”.

²⁴¹ “Art. 2.413: Quando ao ascendente que suceder a algum descendente sobreviver irmão ou sobrinho deste, sua herança reverterá a um ou a outro, ou a ambos, se sobreviverem ao mesmo ascendente”.

Consolidação de Teixeira de Freitas. Livro paciente, mas falho”²⁴³. E mais adiante: “Na República, houve a de Carlos de Carvalho, mas sem caráter oficial e sem a fidelidade, a profundidade e a amplitude da outra”²⁴⁴.

O Livro IV da Parte Especial, que tratou da sucessão, estava dividido em seis Capítulos (Disposições gerais, Sucessão legítima ou *ab intestato*, Sucessão testamentária, Partilhas e disposições especiais à sucessão dos militares, Colação e Herança jacente). O Capítulo que mais de perto nos interessa, o segundo, compreendia os arts. 1.731 a 1.749, o primeiro deles já trazendo a ordem de vocação hereditária, que estabelecia o cônjuge como herdeiro em quarto e último lugar²⁴⁵.

Estando o direito sucessório do colateral limitado ao décimo grau²⁴⁶, vê-se como pouco provável seria a devolução da herança ao cônjuge. Ademais, este devia estar, ao tempo do falecimento, vivendo junto com o *de cujus*, habitando a mesma casa (art. 1.744). Não tinha o cônjuge, demais disto, direito sucessório nos aforamentos vitalícios (art. 1.745²⁴⁷).

Herdeiros necessários, na *Consolidação* de Carlos de Carvalho, eram apenas os ascendentes e os descendentes (art. 1.719). A legítima era constituída por dois terços da herança (art. 1.771).

²⁴² Para esta e outras referências à Nova *Consolidação* das Leis Civis de Carlos Augusto de Carvalho, utilizou-se a edição publicada no Rio de Janeiro pela Cruz Coutinho em 1915.

²⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 63.

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 76. A “outra” a que o autor se refere é a *Consolidação* das Leis Civis de Teixeira de Freitas.

²⁴⁵ “Art. 1.731. Defere-se a sucessão legítima ou *ab-intestato* na ordem seguinte: a) aos descendentes; b) na falta dos descendentes ou [*rectius*: aos] ascendentes; c) na falta de uns e outros aos colaterais até o décimo grau por direito civil; d) na falta de todos ao cônjuge sobrevivente; § Único. Consideram-se vagos e como tais se devolvem à Fazenda Federal os bens da herança encontrados na República, quando não há herdeiros ou quando estes não queiram aceitá-la”.

²⁴⁶ Para os aforamentos vitalícios, que tinham regra específica sobre a vocação hereditária (art. 1.745), o limite era ao quarto grau.

²⁴⁷ “Art. 1.745. Nos aforamentos vitalícios, em falta de nomeado, a sucessão defere-se: a) aos descendentes legítimos e ilegítimos sucessíveis, excluindo o mais próximo ao mais remoto, o mais velho aos outros e o do sexo masculino ao do feminino; b) na falta de descendentes aos ascendentes sob a mesma regra de proximidade de grau e diferença de sexo e idade; c) na falta de ascendentes aos colaterais até o 4º. grau por direito canônico”.

2.8. O Projeto Beviláqua

Ainda em 1899 foi contratado por Campos Salles²⁴⁸ o jurista cearense Clóvis Beviláqua²⁴⁹, professor de Legislação Comparada da Faculdade de Direito de Recife, para elaboração do Código Civil. Trabalhou entre os meses de abril e outubro do ano de 1899, com base na legislação alemã, na francesa, no Esboço de Teixeira de Freitas e no Projeto de Coelho Rodrigues²⁵⁰. Entregue ao Governo, este nomeou uma comissão, composta de dois conselheiros do extinto Império, Aquino e Castro e Joaquim da Costa Barradas, e dos doutores João Evangelista Saião de Bulhões Carvalho e Anfilóquio Botelho Freire de Carvalho e do professor Francisco de Paula Lacerda de Almeida²⁵¹. Assumiu a presidência da comissão o Ministro da Justiça, Epiácio Pessoa. Depois de 51

²⁴⁸ Anota OCTAVIO, Rodrigo (A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua... *cit.*, p. 10): “Campos Salles, o ministro da Justiça que, em 1890, havia encomendado o projeto a Coelho Rodrigues, chegou à Presidência da República, e escolheu, para ministro da Justiça, o Sr. Epiácio Pessoa, jurista como ele, e que devia mais tarde, igualmente, ser elevado à mesma função eminente, de Chefe de Estado. Os dois, Presidente e Ministro estavam plenamente convencidos da necessidade de dotar o país de um Código Civil. Era, por certo, coisa inconcebível, que na República brasileira, em plena América democrática, eram ainda no começo do XX século as relações de ordem privada, entre os cidadãos, reguladas pelas Ordenações promulgadas em 1604 por Felipe III, rei absoluto da Espanha e de Portugal, para seus súditos portugueses!... Tal era a situação. Em Portugal mesmo, com a promulgação do Código Civil, as Ordenações Filipinas, tinham sido revogadas e haviam deixado de ter aplicações desde 1868. E é coisa também difícil de se explicar que todo o esforço inteligente dispendido desde 1855, toda a alta competência de tantos jurisconsultos eminentes, empenhados na obra da codificação do direito civil, não houvesse conseguido, depois de meio século de trabalho, uma solução positiva. Desses esforços pacientes, dessas análises eruditas, tinha saído toda uma biblioteca de projetos, estudos, comentários, opiniões, discussões parlamentares, mas não aparecia o Código, que desde tanto tempo, se desejava com tanta impaciência. Era mister fazer sair o país de tal situação, duplamente desagradável. Ao Governo não faltava boa vontade; não faltavam pessoas altamente competentes para o trabalho; preciso era encontrar o artífice qualificado para o empreendimento. E o Ministro da Justiça Epiácio Pessoa, o achou, felizmente, em Clóvis Beviláqua, jovem professor de legislação comparada na Faculdade de Direito de Recife”.

²⁴⁹ Sobre o autor do Projeto, comparando-o com Lafayette Rodrigues Pereira e Ruy Barbosa, escreve VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 180): “Ele pôs no livro de Lafayette aquilo que faltava: o elemento histórico, o elemento comparativo. Se nós quiséssemos fazer uma comparação entre Lafayette e Clóvis e entre Clóvis e Ruy Barbosa, eu diria que Lafayette foi o mais ateniense dos três. Lafayette é o homem das linhas puras. Era quase um geômetra do Direito. Frio como a beleza grega, como a beleza da Acrópole. Era Atenas. Ruy Barbosa, pelo contrário, era exuberante, de uma magnificência dos romanos. Era Roma. Clóvis foi o equilíbrio, a harmonia. Clóvis era bem o pensamento gaulês. Era Paris. Neste sentido, foi mais humano”.

²⁵⁰ Disse, a propósito, o próprio autor do Projeto: “Principalmente o Esboço e o Projeto do Dr. Coelho Rodrigues, mais seguidamente este que aquele, forneceram-me copiosos elementos para a construção que me havia sido confiada. Além desses materiais, aos quais eu intencionalmente queria ligar o meu trabalho, é natural que pedisse à jurisprudência pátria as peculiaridades aproveitáveis de sua feição, à doutrina e à legislação comparada, os seus inestimáveis ensinamentos” (BEVILÁQUA, Clóvis. Observações... *cit.*, p. 17).

²⁵¹ Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 21; VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 182.

sessões, encerraram-se os trabalhos em agosto de 1900. Esta data é expressiva: já se achava em vigor o BGB (Código Civil alemão), e a comissão não cotejara sequer o que prevalecera naquele Código em dispositivos que se tiraram do primeiro e do segundo Projeto alemão. O Governo procedeu a outra revisão, com a audiência do autor do projeto, mas, ainda aí, não se folheou o BGB. Em 17 de novembro de 1900, foi apresentado ao Congresso, em mensagem do Presidente da República, o Projeto revisto, cuja redação final foi feita por Lacerda de Almeida²⁵². A Câmara nomeou uma comissão de vinte e um membros (um para cada Estado e para o Distrito Federal²⁵³), a fim de estudar e discutir o Projeto. Deliberou que, entre a sessão legislativa de 1900 e a de 1901, fossem ouvidos o Supremo Tribunal, os Tribunais dos Estados, o Instituto dos Advogados e juristas mais em voga. Coube a Sylvio Romero, mais crítico literário e historiador de literatura do que jurista, relatar o parecer da comissão, em 18 de janeiro de 1902. Das sessenta e cinco reuniões, muitas alterações resultaram. Na discussão intervieram, por convite, pessoas estranhas ao corpo legislativo. Os dois nomes que mais apareceram e representavam, efetivamente, correntes nacionais de então, foram o do conselheiro do antigo Império, Andrade Figueiredo, e do autor do Projeto²⁵⁴.

Entre os anos de 1901 e 1902, o projeto foi revisto na Câmara. Aprovado em plenário da Câmara, remeteram-no ao Senado, onde nova comissão se constituiu, sob a presidência do maior talento verbal do Brasil, quiçá da América Latina, - o conselheiro do antigo Império e Senador Ruy Barbosa²⁵⁵. A preocupação dos juristas-políticos, desde o Esboço de Teixeira de Freitas, fora evitar que a estranhos ao Parlamento ou Congresso coubesse a glória da elaboração do Código. Aconteceu isto a todos. Antes de Clóvis Beviláqua apresentar o seu projeto, já Ruy Barbosa, em artigo de 15 de março de 1889, no jornal *A Imprensa*, que dirigia, prognosticou o fracasso da incumbência dizendo que a

²⁵² Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 22.

²⁵³ A comissão era composta por: Sá Pereira: Amazonas; Artur Lemos: Pará; Luís Domingues: Maranhão; Anísio de Abreu: Piauí; Tavares de Lira: Rio Grande do Norte; Camilo de Holanda: Paraíba; Teixeira de Sá: Pernambuco; Araújo Góis: Alagoas; Sílvio Romero: Sergipe; J. J. Seabra: Bahia; José Monjardim: Espírito Santo; Oliveira Figueiredo: Estado do Rio; Sá Freire: Distrito Federal; Azevedo Marques: São Paulo; Alencar Guimarães: Paraná; Francisco Tolentino: Santa Catarina; Rivadávia Correia: Rio Grande do Sul; Alfredo Pinto: Minas Gerais; Hermenegildo de Moraes: Goiás; Benedito de Sousa: Mato Grosso (Cf. ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. *Op. cit.*, p. 22).

²⁵⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 83-84.

²⁵⁵ Sobre o Conselheiro Ruy Barbosa, convém conferir a obra: BARBOSA, Ruy. **Discursos e conferências**. Rio de Janeiro: Porto, 1907. A maioria da doutrina grafa o nome do grande estadista como “Rui”. Entretanto, foi como “Ruy” que encontramos na obra citada, bem como em alguns outros autores.

escolha do governo “fora rasgo de coração e não de cabeça” e que ao indicado faltava “um requisito primário, essencial, soberano para tais obras: a ciência de sua língua, a vernaculidade, a casta correção do escrever. Qualquer falha na sua estrutura idiomática, assume proporções de deformidade”. Não falou de ciência do direito, nem de fontes históricas do direito brasileiro. Ruy Barbosa elaborou, sozinho, o parecer²⁵⁶, e atacou rijamente o projeto, mas somente quanto à forma²⁵⁷. Estabeleceu-se, então, uma das mais renidas batalhas da língua portuguesa, entre Ruy Brabosa, contra Clóvis Beviláqua, e o gramático Carneiro Ribeiro, a favor de Clóvis Beviláqua e contra Ruy Barbosa. São hoje trabalhos indispensáveis a quem procura estudar a língua portuguesa, mas sem nenhum interesse jurídico. Preocupados com a forma, esqueceram-se do fundo. Aliás, foi responsável pelo erro de pôr, como masculina, a palavra “usucapião”, o próprio Ruy Barbosa²⁵⁸.

Em virtude da excessiva demora da apreciação do projeto no Senado e das conseqüentes críticas imputadas ao Senador Ruy Barbosa, este procurou ultimar o trabalho de codificação e, não obtendo êxito, desligou-se de seu compromisso. O projeto permaneceu no Senado até 1912 e foi devolvido no último dia desse ano à Câmara, com 1.736 emendas, sendo que apenas 186 modificaram, no fundo, o Projeto. Já a este tempo se haviam publicado o Código Civil suíço (1907), e a lei sobre o Direito das Obrigações (1911). A nenhuma dessas leis recorreu o Senado, indiferente, como a Câmara e as Comissões, aos ensinamentos técnicos do século XX. A data mental do Código (como do BGB e do Código suíço) é 1899; como nota PONTES DE MIRANDA, não seria errôneo dizê-lo o antepenúltimo Código do século XIX²⁵⁹.

Na Câmara dos Deputados, houve nova comissão de vinte e um membros para o estudo das emendas. Convocado extraordinariamente o Congresso (9 de fevereiro de 1913), através do Decreto nº. 10.035²⁶⁰, em 2 de abril a Comissão apresentou o parecer.

²⁵⁶ Anota VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 183) que o parecer de Ruy Barbosa tinha 561 páginas.

²⁵⁷ Diz VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 183) que, no entender de Ruy Barbosa, “o Código devia ser estudado em João de Barros ou Vieira e não nos clássicos de latim bárbaro e incorreto, Moraes, Guerreiro...”.

²⁵⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 84-85; FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. *Op. cit.*, p. 31.

²⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 85.

²⁶⁰ Cf. FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. *Op. cit.*, p. 32.

Mas só em 1915 foram votadas as emendas do Senado, das quais noventa e quatro rejeitadas²⁶¹.

Em 1915, foi novamente remetido ao Senado para o exame das emendas rejeitadas pela Câmara, mantendo vinte e quatro das emendas recusadas. Foi reapresentado à Câmara, que rejeitou nove dessas emendas e aprovou a redação do Projeto nº. 168-A em 26 de dezembro de 1915. Sua sanção ocorreu em 1º. de janeiro de 1916 e só entrou em vigor um ano após²⁶².

Em 1918, o Presidente Epitácio Pessoa apresentou um Parecer e abriu no Senado a discussão sobre a necessidade de correção do Código. Daí nasceu a Lei nº. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, que emendou o Código²⁶³.

O Projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua em 1899²⁶⁴ era precedido de uma Introdução (posteriormente aprovada como Lei de Introdução ao Código Civil)²⁶⁵ e dividido em Parte Geral (dividida em três Livros: Pessoas, Bens e Nascimento e extinção dos direitos) e Parte Especial (dividida em quatro Livros: Direito da Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões)²⁶⁶. Tratava da ordem de vocação hereditária no Capítulo II do Título II do Livro IV, que tratou do direito de sucessões. No primeiro dispositivo desse Capítulo (art. 1.771), arrolou os descendentes em primeiro lugar na ordem, dando, entretanto, ao cônjuge não divorciado²⁶⁷ direito a uma porção de bens igual à de um filho, sempre que o regime matrimonial não lhe der direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos (art. 1.774).

²⁶¹ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 85.

²⁶² Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 86.

²⁶³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes...** *cit.*, p. 86.

²⁶⁴ Para esta e todas as demais referências ao Projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua, utilizou-se a versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

²⁶⁵ Observe-se que a “Introdução” continha disposições numeradas à parte do Código.

²⁶⁶ Anota, a propósito, VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 181) que Clóvis seguiu a classificação das matérias de Teixeira de Freitas com a Parte Geral; na Parte Especial, o Código alemão e o Projeto de Coelho Rodrigues, mas colocando em primeiro lugar o Direito de Família.

²⁶⁷ Observe-se que o “divórcio” mencionado aqui e no restante deste item corresponde à atual separação judicial, tendo em vista que somente dissolvia a sociedade conjugal, à semelhança do “divórcio” tratado no Decreto nº. 181, de 1890. O texto finalmente aprovado no Código de 1916 passou a chamá-lo de “desquite”, termo que já era usado na Lei Feliciano Pena (para esta e todas as demais citações ao Código Civil de 1916, utilizou-se a 53ª. edição publicada pela Saraiva em São Paulo em 2002).

Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes e o cônjuge supérstite não divorciado, quando o regime matrimonial não lhe der direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos (art. 1.775)²⁶⁸, sendo a sua porção igual à de cada um dos ascendentes com quem concorrer. Havendo desigualdade nas quotas dos ascendentes, tomará o cônjuge o lugar de um deles na linha onde for menor o seu número (art. 1.776).

Na falta de ascendentes e de ascendentes, a herança seria devolvida, por inteiro, ao cônjuge supérstite não divorciado (art. 1.782).

Eram herdeiros necessários, nos termos do art. 1.884, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. E a legítima era fixada em dois terços.

2.9. Conclusões Sobre o Direito Brasileiro no Século XIX

Pode-se concluir, desse período da história do direito civil brasileiro, ter-se seguido, bem de perto, o direito português no tocante à ordem de vocação hereditária. Como regra, desde a Consolidação de Teixeira de Freitas, adotou-se a idéia de que o cônjuge herdava após os colaterais, que tinham vocação hereditária até o décimo grau, à exceção do Projeto de Coelho Rodrigues, que limitou ao oitavo grau.

Somente com o Projeto de Felício dos Santos, secundado pelo Projeto Beviláqua, alterou-se essa ordem, passando-se o cônjuge à frente dos colaterais. Este último fez mais: adiantou o que de fato só ocorreria um século mais tarde com o novo Código, estabelecendo concorrência do cônjuge com os herdeiros das primeiras classes, proposta esta não acolhida à época.

²⁶⁸ Defendeu BEVILÁQUA, Clóvis (**Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1939, v. 6, p. 795) seu projeto, dizendo: “Em rigor, o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se pelo regime de casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor à simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar, na ordem da sucessão legítima”. E, mais adiante (**Código... cit.**, p. 805): “Devera ter ido um pouco além o Código e não deixar o cônjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos ascendentes do premorto, por não haver descendentes. Mas, ainda que incompleta, a justiça do dispositivo é louvável”.

Conclui-se, portanto, que a evolução do direito sucessório do cônjuge no Brasil, no século XIX, foi lenta e tímida, embora não se possa negar que evolução houve.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DO SÉCULO XX

3.1. Lei Feliciano Pena

Em 31 de dezembro de 1907, editou-se o Decreto nº. 1.839, que ficou conhecido como “Lei Feliciano Pena”, em homenagem ao seu autor²⁶⁹.

Este Decreto alterou a posição do cônjuge, fazendo-o anteceder aos colaterais na ordem de vocação hereditária. Ademais, limitou o parentesco transversal ao sexto grau²⁷⁰. Com efeito, assim dispôs a Lei Feliciano Pena:

“Art. 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.

Art. 2º. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível só poderá dispor de metade de seus bens, constituindo a outra metade a legítima daqueles, observada a ordem legal.

Art. 3º. O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies os bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a

²⁶⁹ Para esta e as demais referências à Lei Feliciano Pena, utilizou-se a versão baixada da Internet, no *site* <<http://www.senado.gov.br>>, em 06/ago./2004.

²⁷⁰ Este limite, acolhido pelo Código Civil de 1916 no art. 1.612, foi depois reduzido para o 4º. grau pelo Decreto-Lei nº. 9.461/46, cujo art. 1º. dispôs: “Art. 1º. O art. 1.612 do Código Civil passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 1.612. Se não houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do artigo 1.611, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau’”. E o art. 2º. do mesmo Decreto-Lei ainda determinou a aplicação desta regra inclusive aos casos de sucessão aberta, desde que os bens do espólio não tenham sido incorporados ao patrimônio da União, dos Estados ou do Distrito Federal em virtude de decisão judicial transitada em julgado (para esta referência, utilizou-se a versão baixada da Internet, no *site* <<http://www.senado.gov.br>>, em 02/dez./2004).

incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e, na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçados de qualquer ônus”.

Vê-se, portanto, o avanço claro do direito sucessório do cônjuge aí formulado. Observa-se aí também a estipulação da legítima em metade da herança, contrariando o direito português até então vigente no Brasil, o que permanece regra em nosso sistema jurídico sucessório até os presentes dias.

Mas já nessa época havia quem defendesse posição ainda mais avançada, colocando-se o cônjuge à frente dos ascendentes, o que não fez o legislador, segundo Washington de Barros MONTEIRO, “por pura timidez”²⁷¹.

3.2. O Código de 1916

Quase cem anos após a independência do Brasil entrava em vigor o nosso primeiro Código Civil. O Código Civil de 1916 estava dividido em Parte Geral e Parte Especial, esta dividida em quatro Livros (Família, Coisas, Obrigações e Sucessões). O Livro IV, que tratou das sucessões, era dividido em quatro Títulos (Sucessão em geral, Sucessão legítima, Sucessão testamentária e Inventário e partilha).

O Código Civil de 1916 tratou o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Consagrou, acolhendo a alteração da Lei Feliciano Pena, um avanço em relação ao direito anterior, que, como vimos, tratava o cônjuge em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, após os colaterais, sendo que estes herdavam até o décimo grau. Com efeito, dispunha o art. 1.603 desse Código:

“Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes;

²⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. cit.*, p. 96.

II – aos ascendentes;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais;

V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União²⁷².

Tal regra consagrava, no Brasil, adotando o sistema da Lei Feliciano Pena, uma ordem de vocação hereditária que poderia ser considerada um avanço no regime sucessório brasileiro, sobretudo se comparado ao direito estrangeiro vigente à época.

O art. 1.611 esclarecia que, à falta de descendentes ou ascendentes, seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal²⁷³. Exigiu-se, assim, a vigência da sociedade conjugal para que o cônjuge herdasse; a separação judicial, dissolvendo a sociedade conjugal, extinguiria também o direito à herança. Por outro lado, a simples separação de fato não teria este condão; não havia, no Código de 1916, regra que excluísse da herança cônjuge simplesmente separado de fato²⁷⁴. Não se fez, contudo, qualquer referência ao regime de bens. O cônjuge herdava em qualquer regime, mesmo no da separação, como deixou claro, certa feita, o então Tribunal de Apelação de Minas Gerais²⁷⁵. A propósito, anota Maria

²⁷² Este inciso V teve a redação determinada pela Lei nº. 8.049/90. Antes dela, arrolava-se o Estado na ordem de vocação hereditária.

²⁷³ Esta redação foi dada pela Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/77); antes dela, o dispositivo falava em desquite.

²⁷⁴ Não obstante, CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (**Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 228) já defendiam a idéia de que a prolongada separação de fato afastava o cônjuge da sucessão do outro. E o Superior Tribunal de Justiça, em um caso excepcional, negou o usufruto vidual ao cônjuge separado de fato: “Recurso especial. Direito civil e de família. Sucessão. Cônjuge supérstite. Usufruto vidual. Bens imóveis. Separação de fato. Art. 1.611, § 1º., do Código Civil. Descabimento. Peculiaridades de espécie. – A separação apenas de fato do casal, à época do falecimento, não é causa suficiente para se negar ao cônjuge supérstite o direito ao usufruto vidual de um quarto dos bens do cônjuge extinto, nos termos do art. 1.611, § 1º., do Código Civil, pois casados sob o regime da separação total de bens. – A presente espécie, todavia, traz a peculiaríssima circunstância de o casamento ter durado apenas três meses, não caracterizando a convivência do casal, que se encontrava separado de fato há mais de quatro anos. – Ademais, os bens pertenciam exclusivamente à esposa falecida, tendo o cônjuge varão presumidamente vivido às suas custas e abandonado o lar amparado na expedição de alvará de separação de corpos. – Recurso especial conhecido e provido” (STJ – 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 108.706-RJ – Relator: Ministro Barros Monteiro – julgado em 04/maio/2000 – DJ 25/mar./2002, p. 287).

²⁷⁵ “Sucessão – na falta de descendentes ou ascendentes, o herdeiro é o cônjuge sobrevivente, ainda que casado pelo regime de separação de bens” (TAMG – Câmara Cível – Apelação nº. 9.424 – Relator: Desembargador Leal da Paixão – RF 76/519).

Helena DANELUZZI que, durante a vigência do Código de 1916, repetiu-se à exaustão que o regime de bens não tinha ligação com o direito sucessório²⁷⁶.

O cônjuge, ademais, não estava arrolado entre os herdeiros necessários (art. 1.721), como de fato nunca esteve no direito brasileiro. Isto significa dizer que o *de cuius* podia afastá-lo livremente da sucessão, apenas dispondo de todos os seus bens em favor de terceiros em testamento, o que foi objeto de duras críticas da doutrina²⁷⁷. Houve, no entanto, quem entendesse tratar-se o cônjuge de herdeiro necessário naquele Código²⁷⁸. Wilson de OLIVEIRA, contudo, contesta esse entendimento²⁷⁹, estando com ele a doutrina majoritária.

No Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente ocupava, de direito, o cargo de “cabeça de casal”, desde que casado sob regime de comunhão, nos termos do art. 1.579 daquele diploma. Mas, sendo a mulher o cônjuge sobrevivente, fazia-se necessário que estivesse convivendo com o outro ao tempo de sua morte. Estivessem eles separados de fato²⁸⁰, não teria a mulher mais direito à inventariança. A jurisprudência, contudo,

²⁷⁶ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p. 61.

²⁷⁷ Vide, *v.g.*, GOMES, Orlando (**Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 62), que diz: “Essa liberdade de testar é injusta. Ao menos quando o regime matrimonial fosse o da separação absoluta deveria ser reservada uma parte da herança, da qual não pudesse o cônjuge dispor”.

²⁷⁸ Neste sentido: ALVARENGA, G. **Usufruto legal do cônjuge sobrevivente**, p. 387. *Apud* OLIVEIRA, Wilson de. **Sucessões**. Belo Horizonte: del Rey, 1995, p. 80. Também a este propósito escreve TEPEDINO, Gustavo (**Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 77-78): “Os resultados até aqui alcançados, nos parágrafos anteriores, levam-nos à convicção de que a Lei n.º. 4.121/62, através da instituição do usufruto viúval, estabelecendo a reserva em usufruto da metade ou da quarta parte do patrimônio hereditário, segundo concorra ou não com descendentes, tornou o cônjuge supérstite herdeiro legitimário no direito positivo brasileiro. O caráter imperativo do art. 1.611, § 1.º, não parece suscetível a dúvidas. O preceito, ao visar à proteção do cônjuge sobrevivente, a despeito, insista-se, de suas reais e efetivas necessidades materiais, estabeleceu uma determinada tutela *ex lege*, similar àquela concedida aos descendentes (e ascendentes) do *de cuius*, aos quais é garantida, mesmo contra o testamento, fração do patrimônio hereditário”.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Wilson de. *Op. cit.*, p. 80-83.

²⁸⁰ Sendo judicial a separação (desquite, nos termos do Código de 1916), não haveria de se falar em cônjuge inventariante em nenhuma hipótese. Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Não pode exercer a inventariança o cônjuge sobrevivente judicialmente separado mediante alvará expedido como preliminar da ação de desquite, independentemente de investigação de quem a culpa dessa separação, distinção que foge ao texto e ao espírito do art. 1.579, parágrafo 1.º do Código Civil. A ‘convivência’ que esse dispositivo exige é a coabitação ‘conjugal’, a convivência ‘entre marido e mulher’, não a simples moradia no mesmo prédio, incompatibilizados e afastados de fato e de direito. Sendo decisão irrenovável na instância local e relativa à ‘qualidade’ para ser inventariante, cabível é o recurso extraordinário” (STF - 2ª. Turma - Recurso Extraordinário n.º. 14.893 - Relator: Ministro Ribeiro da Costa - julgado em 21/out./1949 - DJ 23/abr./1952). Também o Tribunal de Justiça do Paraná: “Inventário - ex-cônjuge que impugna nomeação de herdeiro filho como inventariante - preferência legal atendida - recurso desprovido. I - Terá preferência na nomeação como inventariante o cônjuge sobrevivente que esteja convivendo com o autor da herança, no momento de sua morte. A mulher separada não pode ostentar o

passou a entender que, não sendo a separação de fato por culpa da mulher, não perderia ela o direito à inventariança. Assim, se, v.g., o marido houvesse abandonado o lar para morar com outra mulher, morrendo ele em seguida, seria a mulher admitida à inventariança, não se aplicando o rigor do § 1º. do art. 1.579.

3.3. A Lei de Proteção à Família

Em 19 de abril de 1941 foi editado o Decreto-Lei nº. 3.200, de 19 de abril de 1941, chamado de Lei de Proteção à Família.

No art. 17, criou-se, de forma excepcional²⁸¹, o usufruto em favor da mulher brasileira, casada com estrangeiro por regime que exclua a comunhão universal. Tal direito incidia sobre a quarta parte dos bens, se houvesse filhos brasileiros do casal, e de metade, se não houvesse. O Decreto-lei nº. 5.187, de 13 de janeiro de 1943, alterando a redação deste dispositivo, passou a dizer que o direito também incidiria sobre a quarta parte dos bens se houvesse filhos brasileiros apenas do marido, restringindo um pouco, portanto, o direito do cônjuge.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942), no art. 10, § 1º., com a redação dada pela Lei nº. 9.047, de 18 de maio de 1995²⁸², e na esteira do art. 5º., inciso XXXI, da Constituição Federal, altera a situação da mulher (a Lei de Introdução generaliza para cônjuge) brasileira casada com estrangeiro,

título de cônjuge para efeito de postular a nomeação, ainda que a separação tenha ocorrido por culpa do falecido marido. II – Não havendo cônjuge supérstite e estando a posse dos bens dividida, nada impede que o Dr. Juiz nomeie como inventariante o filho que ocupa um dos imóveis da herança, dando cumprimento ao disposto no inc. II do art. 990, do CPC” (TJPR - 2ª. Câmara Cível – Agravo nº. 15.915 – Relator: Juiz Convocado Munir Karam – julgado em 14/abr./1999 – In: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 25/jan./2005).

²⁸¹ Adiante (item 3.5, infra) se verá que essa disposição foi generalizada com o Estatuto da Mulher Casada.

²⁸² Na redação anterior, falava-se em lei do domicílio: “§ 1º. – A vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que não lhes seja mais favorável a lei do domicílio” (para esta referência ao Decreto-Lei nº. 4.657, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.dji.com.br>>, em: 15/out./2004).

mandando aplicar a lei nacional do *de cuius* se lhe for mais favorável²⁸³. É o que Vicente SANTONJA chama de “sistema de conexão unitário”²⁸⁴.

3.4. A Lei nº. 883/49

Pouco tempo depois, editou-se a Lei nº. 883, de 21 de outubro de 1949, que dispôs sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.

Tal lei criou também uma vantagem sucessória ao cônjuge. O art. 3º. da citada lei estabeleceu que, na falta de testamento, o cônjuge casado pelo regime de separação de bens teria direito à metade dos deixados pelo outro, se concorresse à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma dessa lei. Como esclarece Caio Mário PEREIRA, “a perfilhação não trazia, porém, a consequência de excluir o cônjuge sobrevivente, a não ser que o outro houvesse feito testamento. Na falta ou ineficácia deste, se o regime fosse de separação, o cônjuge sobrevivente herdava a metade dos bens deixados pelo outro, e cabia aos adúlterinos reconhecidos na forma dessa lei a outra metade”²⁸⁵.

²⁸³ Semelhantemente já dispunha a anterior Lei de Introdução, de 1916, no *caput* do art. 14: “Art. 14. – A sucessão legítima ou testamentária, a ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o país onde se achem, guardado o disposto neste Código acerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão à lei nacional do falecido; se este, porém, era casado com brasileira, ou tiver filhos brasileiros, ficarão sujeitos à lei brasileira”. Salienta, a propósito, GAMA, Affonso Dionysio (**Regimes matrimoniais e sucessões legítimas**. São Paulo: Saraiva, 1929, p. 339) que igualmente dispunha o direito anterior ao Código Civil, salvo quanto à última parte do *caput*.

²⁸⁴ SANTONJA, Vicente Luis Simó. *Op. cit.*, p. 177, 184-185. No original: “*Sistemas de conexión en derecho comparado... Voy a referirme a continuación, clasificándolos, a algunos sistemas de conexión en Derecho comparado, distinguiendo tres grupos fundamentales y alguns subgrupos:... C) Sistema unitario... 2. Brasil. La sucesión por causa de muerte o ausencia se somete a la ley del país en que el difunto o desaparecido estaba domiciliado, cualquiera que sea la naturaleza y la situación de los bienes*”.

²⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 136.

3.5. O Estatuto da Mulher Casada

Para obviar algumas situações extremas, em que o cônjuge poderia ficar completamente desassistido após a morte do seu consorte, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62), visando especialmente proteger a mulher²⁸⁶, instituiu o usufruto vidual e o direito real de habitação²⁸⁷, inserindo-os, respectivamente, nos §§ 1º. e 2º. do art. 1.611 do Código Civil de 1916.

Usufruto vidual era o direito que se dava ao cônjuge viúvo, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, ou à metade, se não houvesse filhos, desde que não fosse o regime de bens o da comunhão universal.

A jurisprudência entendeu incabível o usufruto vidual se o regime de bens do matrimônio tivesse sido o da comunhão parcial, pelo qual se comunicam os aqüestos, exatamente por considerar de interpretação restritiva a disposição contida no art. 1.611, § 1º.²⁸⁸ (entendimento que também se aplicou ao regime de separação com comunhão de aqüestos, por força da Súmula nº. 377²⁸⁹ do Supremo Tribunal Federal²⁹⁰),

²⁸⁶ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. In: <<http://www.conectasur.org/pt/item3a.php>>. Acesso em: 15/abr./2004.

²⁸⁷ Autores havia, como HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Apontamentos renovados acerca da sucessão legítima, no Brasil. In: **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 230-231), que falavam em “sucessão no usufruto” e “sucessão no direito real de habitação”.

²⁸⁸ Neste sentido: “Usufruto – Vidual – Direito inexistente – Casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens – Meação nos aqüestos – Art. 1.611, § 1º., do Código Civil – Reconhecida a comunhão dos aqüestos, não terá a viúva-meeira, ainda que casada sob o regime da separação de bens, direito ao usufruto vidual, previsto no art. 1.611, § 1º., do Código Civil” (TJSP – 2ª. Turma – Agravo de Instrumento nº. 180.856-1/SP – Relator: Desembargador César Peluso – julgado em 27/out./1992 – RJTJSP 142/235). “Inventário. Usufruto vidual. Regime de comunhão parcial. Viúva meeira nos aqüestos. Reconhecida a comunhão dos aqüestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal de bens, direito ao usufruto vidual previsto no art. 1.611, § 1º., do Código Civil. Precedente do STF. Recurso Especial não conhecido” (STJ – 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 34.714-6/SP – Relator: Ministro Barros Monteiro – julgado em 25/abr./1994 – RSTJ 6/210).

²⁸⁹ “Súmula 377 – No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (para esta e as demais referências às Súmulas do Supremo Tribunal Federal, utilizou-se a 55ª. versão do Código Civil editada pela Saraiva em São Paulo em 2004).

²⁹⁰ “Regime de bens. Comunhão de aqüestos. Súmula 377. Inexistência do direito ao usufruto nos termos do art. 1.611, § 1º. do CC. Reconhecida a comunhão dos aqüestos, móveis e imóveis, existentes no Brasil, onde se procede a partilha dos bens deixados por falecimento do cônjuge varão, não tem a viúva meeira, ainda que casada no estrangeiro em regime de separação de bens, direito ao usufruto de parte dos bens do cônjuge falecido, nos termos do art. 1.611, § 1º. do Código Civil. Recurso extraordinário não conhecido”

havendo, contudo, entendimento contrário, baseado na literalidade do dispositivo, que só excluía o regime de comunhão universal²⁹¹. Também houve entendimento de que não poderia o usufruto afetar a legítima dos herdeiros necessários²⁹².

Não sendo a lei muito clara na matéria, suscitou-se outra dúvida quanto aos bens que na hipótese deveriam ser onerados com usufruto: seria a metade dos bens comuns e os bens particulares, ou tão-somente os bens particulares? Arnaldo WALD entendeu serem apenas estes²⁹³, entendimento que nos parece questionável, dado que a lei não fez tal distinção restritiva ao direito do cônjuge.

Ainda outro questionamento era cabível: se o cônjuge sobrevivente – cujo regime de bens do casamento havia sido o da separação total – que tivesse direito ao usufruto legal previsto neste art. 1.611, § 1º., fosse contemplado em testamento deixado pelo outro cônjuge, depois falecido, com um legado de usufruto a respeito da metade de seu patrimônio – respeitada a legítima de seus herdeiros necessários – restaria ele, ainda assim, com o direito ao usufruto dos bens endereçados aos herdeiros necessários do *de cuius*? A maioria dos julgados entendeu que não perdurava, para este cônjuge já beneficiado pelo legado, o direito ao usufruto vidual, pois não seria lógico imaginar que o legislador, preocupado em proteger o cônjuge sobrevivente, deixasse ao desamparo os herdeiros necessários, impondo-lhes a limitação do direito real sobre a legítima, a favor de quem já se houvera beneficiado por usufruto voluntário, instituído por testamento²⁹⁴. No entanto, a doutrina e a jurisprudência não eram pacíficas e os argumentos em contrário advogavam no sentido de que a determinação do legislador, ao instituir o usufruto vidual, verdadeiro “legado *ex lege*”, não podia ser substituída por outro legado espontâneo, por mais favorável que ele fosse. Por isso, de acordo com esta corrente, conviveriam

(STF - 1ª. Turma – Recurso Extraordinário nº. 100.099-RJ – Relator: Ministro Rafael Mayer – julgado em 28/jun./1984 – RTJ 110/808).

²⁹¹ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Apontamentos... *cit.*, p. 232.

²⁹² Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 86.

²⁹³ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

²⁹⁴ Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Usufruto legal. Cônjuge supérstite. Testamento. A cônjuge supérstite, que fora casada com o *de cuius* em regime de separação de bens (art. 258, parágrafo único, inciso II, do CC [de 1916]), não tem direito ao usufruto legal (art. 1.611, § 1º., do CC [de 1916]) se contemplada no testamento com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto. Recurso não conhecido” (STJ - 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 28.152-4 – Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar – julgado em 30/maio/1994 – RSTJ 63/301 – *In*: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14/out./2004).

legitimamente as duas benesses em favor do cônjuge supérstite, isto é, o legado a ele endereçado pela via testamentária e o usufruto a ele concedido pela via legal²⁹⁵.

Nos termos do § 2º. do art. 1.611, acrescido pelo Estatuto, ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, seria assegurado, sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único imóvel a inventariar. Tratava-se, portanto, do direito de habitar, gratuitamente²⁹⁶, o imóvel destinado à residência da família, direito este de menor extensão que o usufruto, pois limitado à habitação. Como nota Frederico PASCHOAL, o direito real de habitação constitui tema árduo, dada sua abordagem complexa, pois seu surgimento toca ao Direito das Sucessões, tem regras estabelecidas pelo Direito das Coisas, além do envolvimento óbvio com o Direito de Família e sua garantia constitucional²⁹⁷.

A intenção do legislador foi evitar situação comum na repartição dos bens hereditários, e prejudicial ao cônjuge supérstite. Se um único bem existia para ser partilhado, e o era entre cônjuge e herdeiros, poderiam estes, depois de estabelecida a

²⁹⁵ Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Apontamentos... *cit.*, p. 233. Neste sentido: “Casamento – Regime de bens – Separação absoluta – Viúva com direito ao usufruto sobre um quarto dos bens do *de cuius*, que deixou filhos (artigo 1.611, § 1º., do Código Civil [de 1916]) – Testamento que deixa à viúva o usufruto da parte disponível dos bens do *de cuius* – Redução dessa parte a um quarto, para que não se atinja a legítima dos filhos (artigo 1.727 do Código Civil [de 1916]) – Recurso extraordinário não conhecido” (STF – 2ª. Turma – Embargos Infringentes nº. 240.316 – Relator: Ministro Moreira Alves – julgado em 16/ago./1977 – RJTJESP 55/139). Também neste sentido: VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. *In: Temas atuais de direito e processo de família*. Coordenador: Cristiano Chaves de FARIAS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 528. Confira-se, ainda, o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “Usufruto legal da viúva casada pelo regime que exclua a comunhão universal, contemplada com usufruto testamentário vitalício. Apreciação das Leis nº. 3.200, de 1941; 883, de 1949 e 4.121, de 1962, que modificou o art. 1.611, § 1º., do Código Civil, todas visando a proteção da viúva, casada em regime que não seja da comunhão universal. A condição imposta na Lei nº. 883, art. 3º., de não haver o inventariado deixado testamento, não pode ser transplantada para o art. 1.611, § 1º., do Código Civil, porque se refere a hipótese diversa e não atingiria a finalidade visada de proteger apenas a viúva desvalida, uma vez que poderia o *de cuius* haver testado em benefício de terceiros. O que pretendeu a Lei 4.121 foi instituir mais uma restrição ao direito de testar e não sacrificar outros direitos, que uma tradição imemorial tornara impostergáveis. Toda a nossa legislação tem se mantido fiel a essa tradição e a própria legislação estrangeira citada não ultrapassou essa fronteira. O usufruto deixado à viúva em testamento pode coexistir com o legal, desde que, juntos, não sacrifiquem a legítima dos descendentes e ascendentes. Provento parcial dos embargos, para manter ambos os benefícios, limitados à parte disponível da herança. Votos vencidos” (TJRJ - 1º. Grupo de Câmaras Cíveis – Embargos de Nulidade na Apelação Cível nº. 70.335-RJ – Relator: Desembargador Ivan Castro de Araújo e Souza – julgado em 16/dez./1971 – DJ 20/mar./1972).

²⁹⁶ Bem notou OLIVEIRA, Wilson de (*Op. cit.*, p. 84) que “o cônjuge detentor do direito real de habitação não tem obrigação alguma de pagar aluguel aos herdeiros do imóvel. Trata-se de habitação gratuita”.

²⁹⁷ PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. *In: Contribuições ao estudo do novo direito civil*. Organizadores: Frederico A. PASCHOAL e José Fernando SIMÃO. Campinas: Millennium, 2004, p. 301.

comunhão sobre o imóvel, pretender a desconstituição do condomínio, a qualquer tempo, e independentemente de motivo. Com isso, o cônjuge supérstite, que até então vivia em sua casa, era obrigado a deixá-la, sucumbindo ao direito maior do co-proprietário que podia exigir o desfazimento do condomínio. Essa situação tornava-se ainda mais comum quando os herdeiros filhos eram descendentes apenas do falecido; ou quando o cônjuge concorria com ascendentes do *de cuius*²⁹⁸. Nota-se, portanto, o caráter assistencial do instituto.

Embora só aplicável ao regime de comunhão universal de bens, houve entendimento no sentido de que, após a Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/77), que alterou o regime legal do de comunhão universal para o de comunhão parcial, passaria a ser aplicável o direito real de habitação também aos casamentos feitos sob regime de comunhão parcial de bens²⁹⁹. Orlando GOMES, que não chegou a assim entender *de lege lata*, também propugnava essa solução³⁰⁰.

Por fim, o Estatuto também consagrou na lei o entendimento jurisprudencial antes citado, no sentido de que a mulher, não sendo culpada pela separação de fato antes da morte de seu marido, não perderia direito à inventariança. Fez isto acrescentando na parte final do § 1º. do art. 1.579 do Código Civil de 1916 a expressão “salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela”.

²⁹⁸ Cf. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 218.

²⁹⁹ Neste sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 87. Também criticou o dispositivo restritivo: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**. 3. ed. Coordenador: Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21, p. 226.

³⁰⁰ Dizia o autor: “A restrição ao regime da comunhão universal de bens é injustificável. Quando se não quisesse estender o favor ao cônjuge casado pelo regime da separação, caberia, pela mesma razão, no caso de comunhão parcial, ao menos quando o imóvel fosse adquirido na constância do matrimônio e, portanto, se houvesse comunicado, tornando-se bem comum” (GOMES, Orlando. **Sucessões... cit.**, p. 65).

3.6. O Código de Processo Civil de 1973

Em 11 de janeiro de 1973 foi editada a Lei nº. 5.869, que instituiu o novo Código de Processo Civil. Este Código entrou em vigor em 1º. de janeiro de 1974, nos termos do seu art. 1.220³⁰¹.

O Código de Processo Civil de 1973 regulou a matéria relativa à inventariança. O art. 990 do diploma processual estabeleceu o cônjuge como inventariante em primeiro lugar³⁰², “desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste”.

Para tanto, exigiu o Código de Processo Civil que o cônjuge seja casado sob o regime de comunhão³⁰³, embora já se tenha decidido também ter direito à inventariança “o cônjuge sobrevivente que, não obstante casado sob o regime de separação legal de bens, tinha a posse e administração do espólio, em razão do direito à meação de bens adquiridos durante o matrimônio”³⁰⁴.

Melhorou, portanto, a disposição do velho Código, na medida em que generalizou a restrição, que antes pesava apenas sobre a mulher. Por outro lado, pecou o legislador de 1973 por não repetir a ressalva antes citada, referente à culpa pela separação de fato, dando a impressão de que estaria ela revogada, restaurando o rigor da redação original do Código Civil de 1916. Mas a jurisprudência foi praticamente pacífica em entender que permanecia em vigor o entendimento de que o cônjuge só perderia o direito à inventariança se fosse culpado pela separação de fato.

³⁰¹ Para esta e as demais referências ao Código de Processo Civil, utilizou-se a 30ª. edição publicada em São Paulo pela Saraiva em 2000.

³⁰² Decidiu o Supremo Tribunal Federal que “a ordem prevista pelo art. 990 do CPC pode ser desobedecida quando, dadas as circunstâncias de fato, nenhum dos herdeiros está em condições de exercer o *munus*” (STF – 1ª. Turma – Recurso Extraordinário nº. 88.001/RJ – Relator: Ministro Cunha Peixoto – julgado em 4/mar./1980 – RTJ 101/667).

³⁰³ Decidiu, a propósito, o Superior Tribunal de Justiça: “Para que o cônjuge supérstite desfrute de primazia na nomeação à inventariança, basta que o seu casamento tenha sido o da comunhão parcial” (STJ – 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 31.152-8-SP – Relator: Ministro Barros Monteiro – julgado em 09/nov./1993 – RSTJ 58/344).

³⁰⁴ STF – 2ª. Turma – Recurso Extraordinário nº. 83.178-SP – Relator: Ministro Leitão de Abreu – julgado em 01/set./1978 – RJTJSP 55/172 e RTJ 89/895.

A exigência do regime de comunhão não se justifica, sobretudo agora, como veremos mais adiante, que o cônjuge passa a concorrer nas duas primeiras classes da ordem de vocação hereditária, muitas vezes mesmo no regime de separação. Mister se faz, portanto, corrigir a lei neste aspecto.

3.7. A Emenda nº. 9/1977 e a Lei do Divórcio

A Emenda nº. 9/77 veio, finalmente, introduzir em nosso direito positivo a possibilidade do divórcio³⁰⁵, vindo a satisfazer o anseio de muitos³⁰⁶, e contrariar a outros tantos³⁰⁷. Por ocasião da discussão da Emenda, muitas foram as críticas à adoção do instituto no Brasil, sobretudo de setores ligados à Igreja Católica Romana. E, até hoje, há autores de renome que não o admitem, ou, pelo menos, entendem que não deveria ele ter sido instituído em nosso País³⁰⁸.

³⁰⁵ Assim dispunha a Emenda Constitucional nº. 9/77: “Art. 1º. O § 1º. do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 175. ... § 1º. O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de 3 (três) anos’. Art. 2º. A separação, de que trata o § 1º. do art. 175 da Constituição poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de 5 (cinco) anos, se for anterior à data desta Emenda” (as referências à Constituição Federal, naturalmente, tratam da Constituição de 1969; para a referência à Emenda nº. 9, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.senado.gov.br>>, em 20/dez./2004). Sobre a Emenda nº. 9/77, anota FRANÇA, R. Limongi (**A Lei do Divórcio comentada e documentada**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 31) que “a Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de junho de 1977, é a matriz fundamental do estatuto do divórcio no Brasil, devendo estar nela assentados todos os preceitos de caráter ordinário e regulamentar”.

³⁰⁶ “A admissão do divórcio no Brasil, embora tardia, representou um grande progresso e veio remediar uma situação de fato de inegável existência e considerável importância” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6, p. 203).

³⁰⁷ “A atitude do católico a respeito do divórcio deve, no entanto, se inspirar por vários pontos de vista. É necessário combater o divórcio porque ele é contrário à ordem natural e ao bem da família; é necessário combatê-lo ao mesmo tempo porque ele é um elemento de descristianização. ...Mas nós não devemos ter ilusões. O número daqueles que terão a alma bastante ativa e bastante isenta de preconceitos para se unirem a nós neste ponto será sempre limitado” (LECLERCQ, Abbé Jacques. **Leçons de droit naturel: la famille**. Paris: Maisn, 1933, v. 3, p. 122. No original: “*L’attitude du catholique à l’égard du divorce doit donc s’inspirer de plusieurs points de vue. Il faut combattre le divorce parce qu’il est contraire à l’ordre naturel et au bien de la famille; il faut le combattre en même temps parce qu’il est un élément de déchristianisation. ...Mais nous ne devons pas nous faire d’illusions; le nombre de ceux qui auront l’âme assez haute et assez exempte de préjugés pour s’unir à nous sur ce point sera toujours limité*”).

³⁰⁸ “Nas edições anteriores deste livro, manifestamo-nos visceralmente contrários à introdução do divórcio em nosso país, em que vislumbramos mais um elemento a concorrer para o debilitamento do matrimônio e a desagregação da família. Mas o divórcio aí está e temos de recebê-lo como deliberou o legislador, apesar

A oposição, à época, era tão acirrada que foi necessária a diminuição do *quorum* constitucionalmente previsto para aprovação de emendas constitucionais, o que foi feito pela Presidência da República por meio da Emenda nº. 8/77³⁰⁹, com base no Ato Institucional nº. 5/68³¹⁰, para que pudesse ser aprovada a dita Emenda nº. 9/77. Yussef Said CAHALI dá conta de que já se havia apresentado antes “a EC 5, de 12.03.1975, estabelecendo nova redação ao art. 175, § 1º., da Constituição de 1969, de modo a permitir a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteria maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o *quorum* exigido de dois terços”³¹¹. Já em 1974, um Projeto com o mesmo objetivo, de autoria do Senador pelo Rio de Janeiro, Nelson Carneiro, fora rejeitado por não obter o voto de dois terços do Congresso Nacional, embora a maioria tenha votado a seu favor.

Acabou, no entanto, por vencer a corrente favorável ao divórcio. Um artigo publicado na revista *Manchete* à época dá a exata dimensão da disputa acirrada que reinou no Congresso Nacional:

“...o nervosismo se apoderava das galerias, principalmente depois que o primeiro orador da sessão, Deputado Teotônio Neto, da Arena de Pernambuco, leu uma mensagem de Dom Fernando Gomes Santos, arcebispo goiano. O segundo e o terceiro oradores, Deputado José Alves, da Arena de Alagoas e Deputado José Maurício (que chegou a citar Theodore Roosevelt) abriram suas baterias contra o divórcio. E quando o Deputado Nelson Thibau, do MDB de Minas Gerais, que havia faltado à primeira sessão por se encontrar hospitalizado, votou a favor da emenda divorcista, o Senador Petrônio Portela, presidente da mesa, já havia advertido as galerias contra vaias ou aplausos - exigindo silêncio e ordem”³¹².

de todas as restrições que lhe opusemos” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 203).

³⁰⁹ Anota, a propósito, FRANÇA, R. Limongi (*Op. cit.*, p. 36) que “a Emenda Constitucional nº. 9, de 1977, tem como concausa próxima a emenda nº. 8, de 14 de abril de 1977”.

³¹⁰ “O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o § 1º. do artigo 2º. do Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968, ... PROMULGA a seguinte Emenda ao texto constitucional: Artigo único. A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações nos artigos adiante indicados, ...: ... Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de noventa dias a contar de seu recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as sessões, maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional. ...” (para esta referência, utilizou-se a versão baixada da Internet, no *site* <<http://www.senado.gov.br>>, em 20/dez./2004).

³¹¹ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

³¹² GALEAZZI, Marlene Anna; GARÓFALO, Mário Antônio. Divórcio: depois do sim, a regulamentação. In: **Revista Manchete**. Rio de Janeiro, 09/jul./1977, p. 12.

A Emenda ainda alterou novamente a nomenclatura para a dissolução da sociedade conjugal: o “desquite” consagrado no Código Civil passou a se chamar “separação judicial”³¹³. A palavra desquite, de criação nacional³¹⁴, ficou consagrada na doutrina e pelo povo brasileiro. Sua substituição, na Emenda e na Lei do Divórcio, pela expressão separação judicial tem sido objeto de duras críticas da doutrina³¹⁵, insistindo Silvio RODRIGUES em continuar a usar a antiga designação³¹⁶. Mas Carmen de Fátima

³¹³ Pretende FRANÇA, R. Limongi (*Op. cit.*, p. 37) que “separação judicial é toda ‘*separatio conjugum*’ determinada pelo magistrado. Não se circunscreve ao desquite, devendo incluir-se, na sua expressão inequivocamente ampla, a separação de corpos, exceto aquela concernente à proteção da personalidade de cônjuge menor, em casamento celebrado para evitar cumprimento de pena”. Mas este não é o entendimento da maioria da doutrina. Ao contrário, a doutrina é praticamente unânime ao afirmar que a separação judicial equivale ao que antes se denominava desquite. Vide, entre outros: RODRIGUES, Silvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 202-203; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 427; PORTO, Mário Moacyr. Ação de Responsabilidade Civil entre Marido e Mulher. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, set./1983, v. 575, p. 9; PLETSCHE, Carmen de Fátima. União estável: o fim da união livre. *In: Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*. Toledo: Unipar, 1999, v. 2, n. 1, p. 86-87; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, amor e sexualidade. *In: A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 55; CARVALHO NETO, Inacio de. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 5. ed. Curitiba, Juruá, 2003, item 2.4, p. 90-91. E o próprio autor, mais adiante (FRANÇA, R. Limongi. *Op. cit.*, p. 49), reconhece que “a separação judicial corresponde ao nosso tradicional desquite”. Semelhantemente, diz o autor em outra obra: “É o mesmo que o ‘desquite’, da terminologia tradicional (e muito mais oportuna) da legislação anterior. De outra parte, propugnamos pela volta à terminologia tradicional” (FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 302-312).

³¹⁴ O termo “desquite” não é propriamente criação nacional. Dele já cogitavam as Ordenações do Reino, cujo Título 82 do Livro V (*Op. cit.*, p. 1.231) assim dispunha: “7. E porque acontece algumas vezes que os jogadores obrigam a outros a jogar forçosamente, ou depois que jogam, a lhes manterem o jogo, quando perdem, afim de se desquitarem...”. Anota ALMEIDA, Cândido Mendes de (Cf. RODRIGUES, Silvio. **O divórcio... cit.**, p. 5), no entanto, que a expressão “se desquitarem” significa “desferrarem”, “tornarem a recobrar o perdido”, “satisfazerem-se da perda”, pelo que a criação nacional a que nos referimos é com o significado que hoje conhecemos.

³¹⁵ Neste sentido: “Tanto a referida emenda constitucional de 1977 como a lei divorcista e o Código de 2002 desprezaram a palavra ‘desquite’, que representava uma conquista da linguagem jurídica nacional, para substituí-la pela expressão ‘separação judicial’, colhida na legislação estrangeira. ...O legislador brasileiro, que merece muito aplauso por tantas virtudes contidas na nova legislação, merece, nesse passo, a maior reprimenda. Não há qualquer razão para desprezar-se a palavra ‘desquite’, de conotação precisa e extensão definida, para adotar-se a locução ‘separação judicial’, suscetível de gerar equívocos. Não há qualquer razão para desprezar o nacional que é bom, para acolher o estrangeiro que é pior, apenas porque é importado” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil... cit.**, v. 6, p. 204). “A separação judicial corresponde ao nosso tradicional desquite, sendo de se lamentar que o legislador tenha aberto mão de um vocábulo estritamente luso-brasileiro e já incorporado à compreensão jurídica, tanto entre os profissionais como em meio ao vulgo” (FRANÇA, R. Limongi. **A Lei do Divórcio... cit.**, p. 49). “É o mesmo que o ‘desquite’, da terminologia tradicional (e muito mais oportuna) da legislação anterior. De outra parte, propugnamos pela volta à terminologia tradicional” (FRANÇA, R. Limongi. **Instituições... cit.**, p. 302-312). “No Brasil, esse instituto foi pelo CCB designado sob expressiva e de bom vernáculo denominação ‘desquite’, abolida sem convincente razão pela Lei 6.515/77. Para os efeitos da exposição, usaremos freqüentemente a expressão desquite, por sua clareza e univocidade” (OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Op. cit.*, p. 427). “...desquite litigioso – nome antigo e bom que o prurido novidadeiro substituiu por ‘separação judicial litigiosa’” (PORTO, Mário Moacyr. *Op. cit.*, p. 9).

³¹⁶ O ilustre autor assim justifica sua opção: “Não há qualquer razão para apagar-se aquela palavra do vocabulário jurídico nacional e a posição contrária é não só injustificável e gratuita, como até mesmo

PLETSCH adverte que a alteração teve por fim “abolir a carga de preconceito que pesava sobre a palavra *desquite*”, buscando uma denominação que “não veiculasse outra coisa que não fosse apenas a indicação de um estado civil”³¹⁷.

Obtida a vitória divorcista, quedando a barreira constitucional, seguiu-se imediatamente a edição de lei ordinária para regulamentá-la. Muitos foram os projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional naquele segundo semestre de 1977³¹⁸. O projeto afinal aprovado, que culminou com a Lei nº. 6.515/77, foi o dos Senadores Nelson Carneiro e Pedro Accioly Filho, representantes do Rio de Janeiro e do Paraná, respectivamente. Esta lei, que tinha natureza material e formal, entretanto, não se limitou a tratar do divórcio e da separação judicial. Foi além, promovendo uma mini-reforma do Direito de Família. Assim que, no art. 50, alterou, entre outros, o art. 240 do Código Civil de 1916, tornando facultativa a adoção do nome do marido pela mulher ao casar, e o art. 258, alterando o regime legal de bens para o de comunhão parcial, quando outro não for fixado em pacto antenupcial. Alterou, ainda, no art. 51, a Lei nº. 883/49, permitindo o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, ainda na sua vigência, e reconhecendo o direito à herança em igualdade de condições.

3.8. A Lei nº. 6.858/80

A Lei nº. 6.858, de 24 de novembro de 1980, dispôs sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares.

antipatriótica. Confio em que a doutrina brasileira, desprezando essa leviandade do legislador, continuará usando a palavra *desquite* até que uma reforma da atual lei a restabeleça nos textos legislativos” (RODRIGUES, Silvio. **O divórcio...** *cit.*, p. 38).

³¹⁷ PLETSCH, Carmen de Fátima. *Op. cit.*, p. 86-87. No mesmo sentido é a lição de PEREIRA, Rodrigo da Cunha (*Op. cit.*, p. 55): “Em 1977, a Lei do Divórcio (n. 6.515) substitui a expressão *desquite* por separação judicial. É que a palavra *desquitada* carregava o peso de um preconceito que passou a designar mais que um simples estado civil. *Desquitada* tornou-se significado de mulher ‘livre’, ou cuja conduta sexual era sempre colocada em dúvida”.

³¹⁸ Observe-se que ao menos um projeto foi apresentado antes mesmo (na véspera) da aprovação da Emenda nº. 9/77, o do Deputado Celso Barros, de 27 de junho (Cf. RODRIGUES, Silvio. **O divórcio...** *cit.*, p. 45).

Segundo o art. 1º. da referida lei, os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.

Vê-se, assim, que esse dispositivo criou uma exceção à ordem de vocação hereditária, na medida em que determinou, em primeiro lugar, a aplicação da ordem dos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares. Assim, passou a ser possível que o cônjuge (ou o companheiro) recebessem os valores relativos ao FGTS e ao Fundo PIS-PASEP até mesmo exclusivamente, seja por estar habilitado perante a Previdência Social, seja por estar contemplado na legislação específica dos servidores civis ou militares.

O art. 2º. da mesma lei ainda mandou aplicar as mesmas regras às restituições relativas ao Imposto de Renda e outros tributos, recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor até quinhentas Obrigações do Tesouro Nacional.

3.9. Conclusões Sobre o Direito Brasileiro do Século XX

Devemos reconhecer que a história do direito brasileiro, em matéria de sucessão de cônjuges, é uma história de constante evolução, o que muito se evidenciou no século XX. Parte-se de um direito sucessório em favor do cônjuge quase que só formal, eis que só dava ao cônjuge direito sucessório após colaterais em décimo grau, o que praticamente equivale a não lhe dar qualquer direito sucessório; evolui-se a um direito razoável, herdando após descendentes e ascendentes; acresce-se-lhe o usufruto viual e o

direito real de habitação, como forma disfarçada de concorrência com descendentes e ascendentes, para, afinal, velar-se tal concorrência, como veremos mais adiante.

É, com efeito, o que se observa ao longo do século XX inteiro no Brasil: no início, vigiam ainda as Ordenações Filipinas, que traziam um direito ao cônjuge meramente formal. Em 1907 foi aprovada a Lei Feliciano Pena, melhorando a posição do cônjuge, transplantando-o para o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Sucedeu-lhe o Código Civil de 1916, que acolheu e consagrou a modificação operada pela Lei Feliciano Pena (sem, contudo, acolher a proposta mais avançada do Projeto de Beviláqua). Diversas leis aprovadas na vigência do Código de 1916 melhoraram sensivelmente a posição do cônjuge. Dentre essas se destacou o Estatuto da Mulher Casada, generalizando o usufruto vidual e criando o direito real de habitação em favor do cônjuge viúvo. Tal evolução se consagrou com a avançada disposição do novo Código Civil, mais à frente examinado.

Faz-se mister, contudo, como dissemos, corrigir a disposição do art. 990 do Código de Processo Civil, para excluir a referência ao regime de comunhão, já que o cônjuge, que passa agora a ser herdeiro em concorrência com descendentes e ascendentes, tem direito sucessório em regra mesmo que não seja casado com comunhão.

4. AS TENTATIVAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL

4.1. Anteprojeto de 1941

Logo que aprovado, o Código Civil de 1916 sofreu críticas de que já nascia desatualizado, exigindo reformas. Não demorou muito para que se pensasse na elaboração de um novo Código. Então, na década de 40, o Governo nomeou comissão, formada pelos juristas Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, que apresentou em 1941 um Anteprojeto de Código das Obrigações³¹⁹, unificando o direito obrigacional³²⁰.

Entretanto, sob críticas, tal Anteprojeto não logrou êxito. Como notou Miguel REALE, essa iniciativa não vingou, entre outros motivos, por ter-se reconhecido que se impunha a revisão global de nossa legislação civil, visto não ser menos sentida a sua inadequação no que se refere às demais partes das relações sociais por ela disciplinadas³²¹.

Este Anteprojeto, contudo, por só tratar da matéria obrigacional, não interessa ao estudo ora feito³²².

³¹⁹ Para esta referência ao Anteprojeto de 1941, utilizou-se a citada versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

³²⁰ Vide, a propósito da unificação: AZEVEDO, Philadelpho. A unidade do direito obrigacional. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 71-84.

³²¹ REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 24.

³²² Para uma análise mais detida do Anteprojeto de 1941, vide: GUIMARÃES, Hahnemann. Estudo comparativo do Anteprojeto do Código das Obrigações e do direito vigente. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 85-93.

4.2. Anteprojeto de Orlando Gomes

O Decreto nº. 51.005, de 20 de julho de 1961, no Governo Jânio Quadros, criou no Ministério da Justiça o Serviço de Reforma dos Códigos, sendo Ministro à época Oscar Pedroso d’Horta. Mais tarde, já no Governo João Goulart, editou-se o Decreto nº. 1.490, de 8 de novembro de 1962³²³, que reformulou o plano das reformas, nele incluindo novos Códigos e determinando providências que assegurassem o êxito do empreendimento. Contrataram-se então juristas prestigiosos, que se incumbiriam da elaboração dos Anteprojetos, a serem depois revistos pelas Comissões que seriam designadas³²⁴.

Em 1963, Orlando GOMES redigiu o Anteprojeto do Código Civil, apresentando-o ao então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, João Mangabeira, publicado no Diário Oficial da União de 8 de abril de 1963³²⁵. Teve como fontes imediatas os Códigos Civis suíço, italiano, grego, mexicano e peruano, bem como o Anteprojeto de reforma do Código Civil francês³²⁶.

O Anteprojeto de Orlando Gomes foi revisto por comissão nomeada em 13 de maio de 1963, composta por Orosimbo Nonato, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, concluindo seu trabalho em 15 de julho do mesmo ano, após quarenta e três sessões³²⁷, sendo entregue solenemente em 28 de setembro de 1963 ao Ministro da Justiça Milton Campos, já no Governo Castello Branco³²⁸.

³²³ Cf. Exposição de Motivos do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Milton Soares Campos, aos Projetos de Código Civil e de Código de Obrigações, de 6 de outubro de 1965, publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002. VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 214), contudo, aponta como sendo de 9 de novembro de 1962 o citado Decreto nº. 1.490.

³²⁴ Cf. Exposição... *cit.*. Cf. também Parecer Preliminar sobre o Projeto de Código Civil do Relator-Geral no Senado, Josapaht Marinho, no mesmo lugar publicado, p. 287.

³²⁵ Cf. Relatório da Comissão Elaboradora. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 131.

³²⁶ Cf. GOMES, Orlando. **Memória...** *cit.*, p. 20-22.

³²⁷ Cf. Relatório... *cit.*, p. 131.

³²⁸ Cf. Parecer Preliminar... *cit.*, p. 287.

No mesmo ano Caio Mário da Silva Pereira, Theophilo Azeredo Santos e Sylvio Marcondes entregaram o Anteprojeto do Código das Obrigações, cabendo ao primeiro a disciplina do Negócio Jurídico e da Parte Geral das Obrigações; ao segundo coube redigir a parte relativa aos Títulos de Crédito; ao último, as atividades mercantis. Tal Anteprojeto, depois de passado por uma Comissão Revisora, nomeada pela Portaria nº. 274-B, de 19 de junho de 1964, do Ministério da Justiça³²⁹, foi transformado no Projeto de Lei nº. 3.264/65 e encaminhado ao Congresso Nacional, juntamente com o de Orlando Gomes, que foi transformado no Projeto de Lei nº. 3.263/65, pela Mensagem nº. 804, de 12 de outubro de 1965³³⁰. Na Câmara, o então Deputado (depois Senador) Nelson Carneiro foi eleito Presidente da comissão especial encarregada de analisar o Projeto³³¹, mas o Governo

³²⁹ Cf. Relatório da Comissão Elaboradora... *cit.*, p. 403.

³³⁰ Para a referência a estes Projetos, utilizou-se a citada versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

³³¹ Cf. Ata da comissão especial publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002. Interessante mencionar o discurso de posse do Presidente: “A nímia bondade dos ilustres pares acaba de conferir-me a honra de presidir os trabalhos desta Comissão Especial, destinada a dar parecer sobre o Projeto do Código Civil, elaborado pelo Professor Orlando Gomes e apreciado por uma douta Comissão Revisora, presidida pelo Ministro Orosimbo Nonato e de que participou o Professor Caio Mário da Silva Pereira, assistidos pelos Professores Rocha Barros e Francisco Horta. A todas as quarenta e duas sessões desse órgão esteve presente o Dr. Graco Aurélio Sá Viana Vasconcelos, representando a Associação dos Magistrados. Há de ser creditado, por louvor à iniciativa e à perseverança, uma grande parte dessa notável contribuição jurídica à esclarecida visão dos Ministros Pedroso d’Horta, João Mangabeira e Milton Campos. Não nos deve perturbar o estudo, o calor, mais ou menos intenso, das divergências que, dentro e fora do Congresso Nacional, hão de marcar o curso de nosso trabalho. O principal é que deixemos lá fora, nós antes que os outros, convicções apaixonadas, pontos de vista irredutíveis. Dedicuemo-nos ao trabalho com o propósito de encontrar, em todas as oportunidades, o melhor caminho, ainda que vencidos fiquem uns ou outros. Não nos aciccate o demônio da unanimidade, numa obra em que tudo é polêmico. Somos, por natureza, o debate, que também ele distingue os legislativos democráticos, onde se afirmam todas as correntes de opinião, daquelas sombrias assembléias totalitárias, que são numerosas exatamente para pagar o alto preço de serem unânimes. Tudo farei para que, sob minha presidência, o dissídio doutrinário, por mais vivo e brilhante, não converta esta Comissão em campo de batalhas estéreis, em que o menos que se perde é o tempo, e as armas da inteligência, da cultura e da persuasão se esgrimem antes pelo amor ao espetáculo do que ao serviço da lei melhor, porque a mais justa e a mais sábia. Empenhar-me-ei, com a indispensável ajuda de todos os eminentes colegas, para que afinal triunfem os postulados que mais se afinem com a evolução jurídica, sob pena de chegarmos sempre depois de deflagrada a revolta insopitável dos fatos, que nos cumpre prevenir e disciplinar. De nada valeu Clóvis Beviláqua advertir que os Códigos ‘não são monumentos megalíticos, talhados na rocha para se perpetuarem com a mesma feição dos primeiros momentos, eretos, imóveis, inerradicáveis, rujam em torno, muito embora, tempestades, esbarrondem-se impérios, soçobrem civilizações’. Meio século após a vigência [e] de encerrada a longa e rumorosa elaboração de nosso estatuto civil, patrimônio da cultura jurídica nacional, ainda há os recalcitrantes que sustentam a inoportunidade de uma nova legislação, que, ao invés de consolidar o que se foi modificando no curso do tempo, realize um trabalho inteiro, sistemático, abertos aos ventos da renovação e aos influxos dos princípios que nasceram sangrando dos dois últimos conflitos mundiais. Em honra dos que redigiram o Código Civil, poder-se-á dizer, com justiça, que ele foi capaz de se tornar flexível na mão de juízes debruçados sobre as realidades novas, e se manteve em meio às várias leis especiais que o flecharam. Fui outrora dos que, com Aníbal Freire, sustentaram que esse monumento de sabedoria jurídica, trabalhado durante cerca de sessenta anos, devesse cair por inteiro, e não aos poucos, como uma árvore que fosse perdendo seus galhos, seus frutos, e sua sombra, até que, mirrada e seca, percesse em triste agonia.

acabou por retirá-los, não enfrentando as críticas, o que foi feito pelas Mensagens nºs. 393, de 21 de junho de 1966 (quanto ao Projeto nº. 3.263/65), e 611, de 5 de setembro de 1967 (quanto ao Projeto nº. 3.264/65)³³².

O Anteprojeto de Orlando Gomes era dividido em quatro Livros³³³: Das pessoas, Do direito de família, Do direito das coisas e Do direito das sucessões, seguido de

Legislador, não fugi, porém, ao dever de modificar aos poucos o que se retardava para um dia que parecia distante. Rendi-me à observação de Paulo Lacerda: - 'Os códigos civis não devem ser, como de fato não são, construções arbitrárias, nem imutáveis, destinadas à perpetuidade, guardando, avaros, nas entranhas, as múmias do direito para espantinho da humanidade'. Mas não param ainda as controvérsias. Discute-se a oportunidade de nosso trabalho numa hora em que pesado silêncio cai sobre todos os espíritos, como se a Nação se houvesse transformado num imenso convento da Ordem dos Cartuxos, e seus irmãos apenas quebrassem o mutismo para lembrar uns aos outros a inevitabilidade da morte. Os que se acreditam mais prudentes lembram a palavra do Eclesiastes: **tempus tacendi, tempus loquendi**: há horas de calar e há horas de falar. Já Carnelutti advertia que 'nem todos os homens sabem escutar. Não é o mesmo escutar que ouvir. Ouvem-se as palavras; o silêncio se escuta'. Rompamos as brumas dessa terrível solidão, e convoquemos a quantos podem colaborar em tarefa tão nobre quão difícil para o grande diálogo da reformulação dos institutos jurídicos, que regulam a capacidade civil, estruturam a família, disciplinam a propriedade e seu uso, traçam normas a vigorar após e além túmulo. Ripert e Boulanger, anotando as dificuldades que então lhes pareciam impeditivas da revisão do estatuto civil francês, assinalavam que 'um código novo não é verdadeiramente útil se não lhe é possível fixar por algum tempo o direito de um país, que acaba de atravessar uma crise e prevê um longo período de calma. Ora, na hora atual, estamos em plena crise moral, política e econômica, e não acordo de espíritos sobre nenhuma solução. Não se codifica um direito em plena evolução'. Cumpre-nos, entretanto, aceitar o desafio, com humildades (*sic*), mas com decisão. Bem o disse Orlando Gomes: 'A efervescência de idéias, própria de tais períodos, longe de contra-indicar a reforma, favorece-a. Em períodos de calma, o clima social não propicia alterações legislativas'. Mas o dissídio vai além, desce ao âmago do projeto, à crítica e ao louvor à filosofia a que se filiou, ao método que preferiu, às inovações que propôs, à timidez de certos artigos e ao ímpeto que caracteriza outras disposições. Este é o destino de todas as proposições semelhantes. Daí porque necessitam ser bateiadas inicialmente no seio das faculdades, nos colégios de advogados, nas agremiações de magistrados, até nas organizações trabalhistas, que a nossa incipiente industrialização excluiu no passado. Nossa tarefa tornar-se-á então mais árdua, ainda que mais sedutora. Mas é para o desempenho dessa missão que fomos convocados. E dela, Deus louvado, nos haveremos de desincumbir, serena, mas seguramente. Em 27 de julho de 1901, a Comissão dos 21 elegia J.J. Seabra seu presidente. Foi o entusiasmo juvenil de sua gloriosa velhice que me arrastou à vida pública. É com redobrada emoção, por isso mesmo, que agradeço aos ilustres colegas a honra desta investidura. Muito obrigado".

³³² Cf. versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

³³³ Não havia no Anteprojeto de Orlando Gomes a clássica divisão em Parte Geral e Parte Especial. A propósito, defendeu o autor a sua opção: "A consagração legislativa dos conceitos e construções técnicas que a doutrina alemã elaborou, sistematizando-os numa Parte Geral do Direito Civil, sob a influência do 'Sistema do Direito Romano' de Savigny, já não conta com os aplausos entusiásticos que provocou em seguida à publicação do *'Burgeliches Gezetsbuch'*. Na própria Alemanha, autores há, como Nipperdey, que a consideram dispensável em futura codificação, por se constituir de um aglomerado de elementos heterogêneos e abstrações inúteis ou desorientadoras" (GOMES, Orlando. **Memória... cit.**, p. 14). Mas VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 214) ataca esses argumentos: "Discordamos radicalmente do Projeto do Cód. Civ. quando suprimiu a *Parte Geral*, glória de Teixeira de Freitas, 1865, seguida em 1896 pelo Cód. Civ. da Alemanha, elogiado por René David. E a supressão foi apenas *aparente*: Toda a matéria dos três livros, ali existentes, *Pessoas, Bens e Fatos Jurídicos*, veio a ser repetida, a seguir, tal a sua imperiosidade e sem o caráter de generalidade, que lhe era indispensável. Assim no Proj. de Cód. Civ., autonomamente, Livro I, *Das Pessoas* e Livro III, *Das Coisas*, Tit. I, *Dos Bens* e no Proj. Cód. Civ. das Obrigações, no Tit. I, *Negócio Jurídico*, se aplicam também aos Direitos de Família, das Coisas, das Obrigações e das Sucessões e não apenas respectivamente às Pessoas, aos Bens e às Obrigações... *'Chassez le naturel il reviendra a galop...'*. A prescrição foi colocada nas 'Disposições Finais' (?) do Anteprojeto do Cód. Civ. e afinal no Projeto ficou apenas nas Obrigações". O Anteprojeto de Orlando

Disposições finais. O Livro IV, que tratou das sucessões, era dividido em quatro Títulos: Da sucessão em geral, Da sucessão legal, Da sucessão testamentária e Da divisão da herança.

A ordem de vocação hereditária era tratada no art. 772³³⁴, deferindo-se a sucessão na mesma ordem estabelecida no Código Civil de 1916: aos descendentes, aos ascendentes, ao cônjuge e aos parentes colaterais³³⁵. O art. 778³³⁶ dava direito à sucessão ao cônjuge, em falta de parentes em linha reta, se ao tempo da morte do outro não estavam desquitados. Em disposição deslocada, pois constante do Capítulo que tratou da legítima, deu o Anteprojeto direito excepcional ao cônjuge de concorrer com descendentes ou ascendentes, se o regime não fosse o da comunhão universal e nenhum dos descendentes o era também do cônjuge sobrevivente ou não houvesse descendentes (art. 787)³³⁷.

Gomes continha, ainda, uma particularidade: todos os artigos eram rubricados, à semelhança dos Códigos alemão, italiano e português, entre outros, fato que não é da tradição de nosso direito, que, à exceção do Código Penal e da Lei de Contravenções Penais, não tem nenhuma lei rubricada. Escreve GOMES, Orlando (**Memória... cit.**, p. 20) que a idéia foi tomada do Código Civil suíço, “na tentativa de imitar-lhe a clareza das disposições”. Tal proposta, porém, foi objeto da Emenda nº. 1 na Câmara dos Deputados, do Deputado Arruda Câmara, visando suprimir “todos os subtítulos apostos aos artigos”, sob a seguinte justificativa: “O Projeto de Código Civil enviado pelo Governo, elaborado pelo Relator de uma outra Comissão, o professor Orlando Gomes, traz inovações que, **data vênica**, o Congresso não deve aceitar. Uma delas, é sem dúvida, a desses subtítulos no início de cada artigo. Tal modificação aberraria dos nossos Códigos e de nossas Leis. Toda nossa tradição jurídica e de técnica legislativa se distancia desse sistema, que, entre nós, se pode denominar de ‘bossa nova’. O Código Civil Italiano, do Fascismo, adotou essa técnica, mas aqui ela era inusitada. É preferível o sistema antigo. Parece-nos preferível seguir o sistema de Títulos e Capítulos vigentes até agora” (para a referência às Emendas ao Projeto de Lei nº. 3.263/65, utilizou-se a citada versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002).

³³⁴ No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 691 (para esta e todas as demais referências ao Projeto Revisto, utilizou-se a versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002).

³³⁵ Já se excluía, aí, corretamente, o Estado da ordem de vocação hereditária, que receberia os bens vacantes (art. 782).

³³⁶ No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 697.

³³⁷ No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 704. O Professor Ebert Viana Chamoun, em debate na Câmara dos Deputados, criticou este dispositivo do Projeto revisto nestes termos: “Aliás, devo observar que o art. 704 cria um regime absolutamente impenetrável de disciplina. A ementa dele é a seguinte: **Concorrência de cônjuge com descendentes ou ascendentes.** Ficamos, então, sabendo que é novidade, que o cônjuge concorre com descendentes ou ascendentes. Agora é preciso alguma paciência. Se o falecido não tiver sido casado pelo regime da comunhão universal de bens, o cônjuge sobrevivente será chamado a recolher um quarto da herança, se só houver deixado filhos de que o outro não seja também ascendente, se forem chamados à sucessão os ascendentes. Mas como? O preceito não focaliza precisamente a concorrência do cônjuge com descendentes ou ascendentes, por que está a exigir como requisito o concurso com os ascendentes? E depois, exige ele que o falecido não tenha sido casado pelo regime da comunhão universal de bens. Perguntamos nós: E se foi? O que é que ocorre? Recebe que cota o cônjuge sobrevivente, nesse concurso esdrúxulo que o art. 704 focaliza?” (para esta referência, utilizou-se a versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002).

No art. 785³³⁸, arrolou o Anteprojeto como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, reservando-se-lhes, em regra, a metade dos bens da herança (art. 786)³³⁹. A legítima, contudo, seria aumentada para setenta e cinco por cento quando houvesse concurso do cônjuge com descendentes ou ascendentes (art. 787, parágrafo único)³⁴⁰.

Não tratava o Anteprojeto propriamente de inventariança. O art. 924³⁴¹ cuidava apenas da administração da herança até o compromisso do inventariante, dando tal direito:

“I – ao cônjuge, se estava convivendo com o outro ao tempo da abertura da sucessão;

II – ao herdeiro maior que residia com o autor da sucessão, e, se mais de um residia, ao mais velho;

III – aos demais herdeiros, na ordem da idade, conforme a vocação hereditária, se nenhum residia com o autor da sucessão;

IV - ao testamentário”.

O art. 925³⁴² apenas dizia que a administração da herança passaria a ser exercida, até à partilha, pelo inventariante, logo que firmado o compromisso.

³³⁸ No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 702.

³³⁹ No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 703. Justifica GOMES, Orlando (**Memória... cit.**, p. 112) essa proposição: “A inovação baseia-se no pressuposto de que a morte de um dos cônjuges não deve possibilitar o desamparo do outro com a transmissão de todos os bens a pessoa estranha ao grupo familiar estrito, por testamento que não o contempla. A limitação à liberdade de testar, assim instituída para beneficiar o cônjuge, é tanto mais necessária quanto, pelo Anteprojeto, o regime legal de bens no casamento passará a ser o de separação com a comunhão de aqüestos”. E semelhantemente se justificou no citado Relatório da Comissão Elaboradora: “Visa o preceito a amparar, principalmente, a mulher, atenta a (*sic*) circunstância de que, com a adoção do regime legal da separação relativa, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge não se comunicam” (Cf. Relatório da Comissão Elaboradora... *cit.*, p. 138).

³⁴⁰ No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 704, parágrafo único.

³⁴¹ No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 832, com redação um pouco diferente.

³⁴² No Projeto Revisto, este dispositivo constava do art. 833, com pequena variação de redação.

4.3. Projeto de 1975

Em 1967, nova comissão foi encarregada da revisão do Código, formada pelo jurista e filósofo Miguel Reale (que assumiu a supervisão), José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Negócio Jurídico, posteriormente denominado Direito de Empresa), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões). Em maio de 1969 foi constituída Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil. Concluído em 1972, o Anteprojeto recebeu setecentas emendas e foi publicado em 18 de junho de 1974³⁴³. Após as alterações, elaborou-se o projeto definitivo (a quarta redação), que foi apresentado ao Governo e enviado ao Congresso Nacional pelo Presidente Ernesto Geisel em 10 de junho de 1975, através da Mensagem nº. 160, sendo transformado no Projeto de Lei nº. 634-B, de 1975, do Poder Executivo. Em 1983 foi o projeto aprovado na Câmara dos Deputados e publicado com redação final em 17 de maio de 1984. Enviado ao Senado Federal, retomou-se a discussão como Projeto nº. 118 de 1984, onde foram apresentadas 360 emendas, sendo depois arquivado. Desarquivado na legislatura de 1991 por iniciativa do Senador Cid Sabóia de Carvalho, foi este nomeado Presidente da Comissão Especial, sendo Relator-Geral o Senador Josaphat Marinho. Após, Miguel Reale e José Carlos Moreira Alves foram incumbidos de reestruturar o Projeto do Código Civil³⁴⁴.

Somente em fins de 1997, ainda sob relatoria do Senador Josaphat Marinho, o projeto foi aprovado no Senado. Voltando à Câmara, no dia 23 de novembro de 1997 foi instalada a Comissão Temporária, presidida pelo Deputado Ronaldo Cunha Lima³⁴⁵. Entretanto, o projeto estava em tramitação no Congresso Nacional há mais de três legislaturas e, antes de sua discussão final na Câmara dos Deputados, era necessário submetê-lo a uma revisão para sua adequação às alterações constitucionais e legais promulgadas desde a sua apresentação em 1975. Assim, com a alteração do Regimento

³⁴³ Cf. Parecer Preliminar... *cit.*, p. 287.

³⁴⁴ Cf. Parecer Preliminar... *cit.*, p. 289.

³⁴⁵ Cf. LIMA, Ronaldo Cunha. Discurso do Presidente da Comissão Temporária. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 455.

Interno do Congresso Nacional, permitiu-se adequar o texto às inovações legais e constitucionais ocorridas durante a tramitação do projeto, que obteve aprovação plenária em 15 de agosto de 2001³⁴⁶.

Voltando à Comissão Especial da Câmara dos Deputados para correção da redação, já sob a relatoria do Deputado Ricardo Fiúza, o projeto foi finalmente aprovado em 20 de novembro de 2001 e sancionado pelo Presidente da República no dia 10 de janeiro de 2002 (Lei nº. 10.406/02, publicada no D.O.U. de 11 de janeiro de 2002), com *vacatio legis* de um ano³⁴⁷. Desde o primeiro passo, com a instituição da Comissão, passaram-se trinta e quatro anos. Bem afirmou Miguel REALE que uma das maiores críticas à aprovação do novo Código Civil foi no sentido de sua “inaturalidade”, mas nenhum destes críticos prontificou-se a propor uma redação oportuna e completa³⁴⁸. Ademais, aponta Silvio RODRIGUES que o Código é uma “colcha de retalhos”, defeito que advém do fato de ter-se querido aproveitar o velho Projeto da Câmara, com mais de vinte anos de idade e já ultrapassado³⁴⁹.

O conteúdo específico deste Projeto vai ser objeto de análise mais detida adiante, quando estudarmos o conteúdo sucessório do novo Código, já que pouca coisa mudou em todos esses anos de tramitação, em matéria sucessória. Entendemos melhor, portanto, não minudenciar aqui as disposições sucessórias do projeto, para evitar repetições desnecessárias.

³⁴⁶ Cf. CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: parte geral**. Curitiba: Juruá, 2003, v. 1, Introdução, p. 16.

³⁴⁷ Como nota FARIAS, Cristiano Chaves de (**Direito civil: teoria geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 60), o novo Código não cumpriu o determinado no art. 8º., § 2º., da Lei Complementar nº. 95/98, com redação dada pela Lei Complementar nº. 107/01, que manda que o prazo de *vacatio legis* seja prescrito em dias.

³⁴⁸ Cf. CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. *Op. cit.*, p. 17.

³⁴⁹ RODRIGUES, Silvio. O projeto do novo Código Civil: o que pode mudar. *In: Casamento, separação e viuvez*. Coordenador: Carla LEONEL. São Paulo: CIP, 1990, p. 409. *Apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

4.4. Conclusões Sobre as Tentativas de Reforma do Código Civil

Das várias tentativas de reforma do Código Civil que ocorreram no século XX, percebe-se poucas alterações no direito sucessório do cônjuge em algumas delas. Essas alterações se destinaram, sobretudo, a fazer com que o cônjuge concorresse, de formas variadas, com os descendentes e com os ascendentes. A tentativa mais ousada, que acabou por prevalecer, foi justamente a feita pelo Projeto Miguel Reale, tomada, de certa forma, do Anteprojeto de Orlando Gomes.

Pode-se, no entanto, vislumbrar uma disposição do Anteprojeto de Orlando Gomes que seria conveniente que fosse adotada: a elevação da quota legitimária para setenta e cinco por cento da herança em caso de concurso de cônjuge com descendentes ou ascendentes. Pelo menos na hipótese de concurso com descendentes, e sobretudo quando forem muitos os descendentes (e neste caso mesmo que não haja concurso com o cônjuge), seria de bom alvitre aumentar a quota legitimária.

5. ESTADO ATUAL DA MATÉRIA: ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

5.1. Inovação

No limiar do terceiro milênio vem a lume o novo Código Civil, fruto de longo processo legislativo que, pode-se dizer, iniciou há mais de cento e cinquenta anos. Isto porque não se trata de uma criação, mas de uma revisão ao Código Civil de 1916³⁵⁰.

O novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02)³⁵¹ inova profundamente a matéria relativa à sucessão do cônjuge e do companheiro³⁵². Foi esta, certamente, a maior alteração feita pelo novo Código em matéria de Direito das Sucessões. Melhorou muito³⁵³ o novo Código, como veremos, a situação do cônjuge³⁵⁴.

³⁵⁰ Cf. CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Érika Harumi. *Op. cit.*, p. 15.

³⁵¹ Para esta e todas as demais referências ao novo Código Civil, utilizou-se a 55ª. edição publicada em São Paulo pela Saraiva em 2004.

³⁵² A matéria sucessória relativa ao companheiro será tratada no Capítulo seguinte.

³⁵³ Questiona DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro (*Op. cit.*, p. 189): “...será que a mudança legislativa veio ao encontro dos valores vigentes sociais? Em nome da família afetiva, as injustiças não poderão ser maiores? Com o grande número de separações e divórcios e o pragmatismo social e de resultados nas relações conjugais, é acertada a concorrência do cônjuge? Com a convivência de vários ex-casamentos, dos quais resultaram filhos de vários pais e mães, a solução seria a mais adequada?”. Não obstante, parece-nos sim conveniente a concorrência do cônjuge com os descendentes e com os ascendentes do *de cujus*, que acompanha a evolução produzida também em outros países, de melhora na situação sucessória do cônjuge. Poder-se-ia até discutir os percentuais desta concorrência, mas não creio que se possa negar a conveniência da nova disposição legal.

³⁵⁴ É o caso de discutirmos, primeiramente, qual o fundamento da vocação hereditária do cônjuge. Se a morte dissolve o casamento, nos termos do art. 1.571, inciso I, do novo Código, isso teria por conseqüência a ausência de cônjuge no momento da abertura da sucessão, à semelhança da regra insculpida no art. 8º. (comoriência). Só se pode concluir que a vocação hereditária do cônjuge é uma questão de mera política legislativa, já que cônjuges não são parentes e, em rigor, nem cônjuge haveria mais ao se abrir a sucessão.

A primeira alteração importante em matéria de sucessão do cônjuge no novo Código foi a colocação deste como herdeiro também nas duas primeiras classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes e os ascendentes³⁵⁵. É, com efeito, o que dispõe o art. 1.829:

“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 único³⁵⁶); 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”³⁵⁷.

Tal disposição substitui o usufruto vidual, e com grandes vantagens, pois agora o cônjuge tem, não apenas o usufruto, mas direito a parte da herança. Mas é bom se recordar que tal inovação só se aplica às sucessões abertas a partir da vigência do novo Código, ou seja, se o *de cuius* faleceu a partir de 11 de janeiro de 2003³⁵⁸ (art. 2.041³⁵⁹).

³⁵⁵ Tal regra tem origem no Código Civil português (art. 2.133º.), que será adiante visto (item 7.1, infra) (para esta e todas as demais referências ao Código Civil português, utilizou-se a versão publicada em Coimbra em 1996 pela Livraria Almedina).

³⁵⁶ Observe-se que a lei faz errônea remissão ao art. 1.640, parágrafo único, sendo que o texto referente ao regime de separação obrigatória está agora no art. 1.641. O Projeto de Lei nº. 6.960/02, do Deputado Ricardo Fiúza, pretende corrigir este erro (para esta e as demais citações ao Projeto de Lei nº. 6.960/02, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.camara.gov.br>>, em 10/abr./2003).

³⁵⁷ Este dispositivo constava quase que literalmente do art. 2.016 do Projeto que deu origem ao novo Código, com a só exceção da referência ao art. 1.640, parágrafo único, no inciso I, inexistente no Projeto (para esta e todas as demais referências ao Projeto de Código Civil de 1975, utilizou-se a citada versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002).

³⁵⁸ O prazo da *vacatio legis* conta-se em dias corridos, com inclusão do dia da publicação e da data do encerramento, sem interrupção ou suspensão (art. 8º., § 1º., da Lei Complementar nº. 95/98, com a redação dada pela Lei Complementar nº. 107/01). Não tem razão, assim, *data venia*, AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira (O novo Código Civil, começa o III milênio no direito brasileiro. In: **Consulex**. Brasília, 28/fev./2003, v. 147, p. 45), que pretende que o Código teria entrado em vigor em 12 de janeiro de 2003. Segundo o autor, como o último dia do prazo é incluído e a lei entra em vigor no dia subsequente à sua consumação integral, este dia seria o dia 12 de janeiro. Não concordamos com o autor, tendo em vista que também o dia da publicação se inclui na *vacatio*. Assim, iniciando a contagem do prazo de um ano em 11 de janeiro de 2002, este prazo se encerra no dia 10 de janeiro de 2003, pelo que a vigência do Código começou no dia seguinte, 11 de janeiro de 2003, portanto. Ademais, como já dissemos (nota de rodapé nº. 347, supra), o novo Código não observou a norma da citada Lei Complementar. Sendo o prazo fixado em anos, nos termos do art. 132, § 3º., do mesmo Código, expira no dia de igual número do de início; ou seja, o prazo se encerrou de *vacatio* se encerrou em 10 de janeiro de 2003, entrando a lei em vigor no dia

Observe-se que esta ordem de vocação hereditária, prevista no art. 1.829 do novo Código, é passível de alteração, nos termos do art. 5º, inciso XXXI, da Constituição Federal: “XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*”³⁶⁰. Assim, *v.g.*, se a lei pessoal do *de cujus* não prevê, como a nossa, a concorrência do cônjuge com os filhos, tendo o *de cujus* filho brasileiro e cônjuge de sua nacionalidade, este nada herdará, atendendo-se à lei pessoal do *de cujus* em favor dos filhos brasileiros. Se, por outro lado, sendo brasileiro o cônjuge do *de cujus* sem que haja filhos brasileiros, e determinando a sua lei pessoal quota hereditária em favor do cônjuge maior do que a lei brasileira, prevalecerá a lei pessoal do *de cujus* em detrimento de filhos estrangeiros ou de ascendentes, em favorecimento ao cônjuge brasileiro³⁶¹.

Difícil a solução, contudo, quando a legislação brasileira é mais favorável ao cônjuge brasileiro e a legislação alienígena é mais favorável aos filhos brasileiros, ou vice-versa. É o caso, *v.g.*, do Código Civil colombiano (Lei nº. 57, de 1887), cujo art. 1.045 dispõe: “Os filhos legítimos, adotivos e extramatrimoniais, excluem a todos os outros herdeiros e receberão entre eles iguais quotas, sem prejuízo da porção conjugal”³⁶². No caso da esposa brasileira casada com o marido colombiano, suponha-se que o casal tivesse filhos brasileiros e que o regime de bens do casamento fosse o da comunhão parcial. Nessas condições, se aplicada a legislação brasileira, a esposa receberia um quinhão hereditário, sendo-lhe assegurado o quinhão igual ao dos filhos, nos termos

seguinte. Há, ainda, aqueles que entendem que o Código Civil entrou em vigor em 9 de janeiro de 2003 (neste sentido, vide o Ato nº. 289/2002, de 30 de agosto de 2002, da Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, citado em CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 23), não se justificando, contudo, a razão de tal entendimento.

³⁵⁹ “Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1ª de janeiro de 1916)”. Este dispositivo constava do art. 2.239 do Projeto, com as referências aos arts. 1.829 e 1.844 modificadas para os arts. 2.016 e 2.035, respectivamente, e sem a referência específica ao Código Civil anterior.

³⁶⁰ Para esta e todas as demais referências à Constituição Federal de 1988, utilizou-se a 33ª. edição publicada em São Paulo pela Saraiva em 2004.

³⁶¹ É o caso, *v.g.*, do Código Civil mexicano, cujo art. 1.626, adiante transcrito (nota de rodapé nº. 724, *infra*), prevê que o cônjuge recebe metade da herança quando concorre com pais do *de cujus*, sendo que, pela lei brasileira, se sucedem ambos os pais, o cônjuge só recebe um terço.

³⁶² No original: “*Artículo 1.045. Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal*” (para esta citação do Código Civil colombiano, utilizou-se a versão constante de CD-Rom gentilmente cedida pelo Advogado, Professor e amigo Marcelo Leal de Lima Oliveira, a quem agradecemos).

dos artigos 1.829, inciso I, e 1.832 do novo Código. Contudo, se for aplicada a legislação colombiana, toda a herança será destinada aos filhos brasileiros, e a esposa brasileira estará excluída da sucessão, uma vez que a existência de filhos, nos termos da lei vigente naquele país, afasta da sucessão todos os demais herdeiros. Como se vê, portanto, nesse caso chegamos a uma situação não prevista pelo nosso ordenamento jurídico. Com efeito, a disposição inserida no nosso texto constitucional, no art. 5º., inciso XXXI, apenas se refere à legislação mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros. Só que, no caso, a aplicação da legislação brasileira seria mais favorável à esposa brasileira, enquanto a aplicação da legislação colombiana se mostraria mais favorável aos filhos brasileiros. Qual das duas, portanto, deve ser aplicada, em relação aos bens que se encontram no Brasil? Na realidade, em tal caso não se pode buscar a preferência do cônjuge e nem a dos filhos brasileiros, pois a Constituição Federal prestigiou igualmente as duas classes de herdeiros. Desse modo, parece-nos que em cada caso concreto deverá ser aplicada, em relação aos bens situados no Brasil, a lei que assegure ao cônjuge brasileiro e aos filhos brasileiros o tratamento mais equilibrado, sem que se estabeleça norma rígida de prevalência da lei brasileira ou da lei do domicílio do *de cuius*. Em outras palavras, deverá ser aplicada a lei que garanta solução mais equitativa, em favor dessas pessoas a quem a Lei Maior buscou beneficiar. No exemplo apresentado, portanto, pensamos que deva ser aplicada a legislação brasileira referente à vocação hereditária, uma vez que assegura tratamento equilibrado à esposa e aos filhos brasileiros, eis que todos eles receberão o respectivo quinhão hereditário, enquanto que a aplicação da lei colombiana levaria ao aumento da quota sucessória dos filhos brasileiros, mas afastaria completamente os direitos sucessórios da esposa³⁶³.

Contudo, é importante que se destaque que o sistema jurídico a ser aplicado deverá sê-lo na íntegra, não se podendo admitir que o Juiz do inventário venha a fracionar qualquer dos ordenamentos, aplicando em parte a lei brasileira e em parte a lei do país do domicílio do *de cuius*. Assim, por exemplo, suponha-se que em uma determinada situação, ao ser aplicada a lei brasileira, apenas os filhos brasileiros tivessem direito sucessório e, por outro lado, ao ser aplicada a lei do país do domicílio do falecido, apenas o cônjuge sobrevivente, brasileiro, tivesse tal direito. Nessas condições, qualquer das legislações que vier a ser aplicada, invariavelmente, se mostrará desfavorável a uma das

³⁶³ Cf. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. In: **Temas atuais de direito e processo de família**. Coordenador: Cristiano Chaves de FARIAS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 554-555.

classes de herdeiros que nossa Constituição Federal buscou proteger. Em tal hipótese, sendo vedado ao Juiz fazer a mistura das leis, aplicando parte de uma e parte de outra, de modo a favorecer tanto os filhos quanto os cônjuges, deverá prevalecer a regra geral, insculpida no art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, deverá ser aplicada a lei do último domicílio do *de cujus*, predominando, pois, a regra geral, ante a impossibilidade de aplicação da regra especial. No exemplo figurado, portanto, sendo aplicada a lei do domicílio do *de cujus*, apenas o cônjuge sobrevivente seria herdeiro, restando prejudicados os filhos brasileiros deixados pelo falecido³⁶⁴.

5.2. Concorrência com Descendentes

Pela nova disposição legal, o cônjuge³⁶⁵ herda juntamente com os descendentes³⁶⁶, salvo se casado este com o falecido no regime³⁶⁷ da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares³⁶⁸. Ou seja, herda o cônjuge se for casado

³⁶⁴ Cf. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 555.

³⁶⁵ A lei, no art. 1.829 e em outros dispositivos, fala em “cônjuge sobrevivente”. Parece-nos inadequada tal expressão, redundante mesmo, tendo em vista ser óbvio que o cônjuge que herda é o sobrevivente, sendo o *de cujus* o falecido. Não precisava ter a lei feito tal ressalva. Aliás, essa ressalva não é feita para nenhum outro herdeiro. Faz-se mister alterar a redação defeituosa da lei neste aspecto.

³⁶⁶ Entende DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro (*Op. cit.*, p. 190) que “com as modificações ocorridas, não podemos falar em relação preferencial de classes sobre outras; em razão da concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, trata-se de sucessão anômala, porque se afastaria do tipo comum de sucessão”. Mas, em verdade, como nota HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Da ordem... *cit.*, p. 2-3), “permanece absolutamente firme a afirmativa segundo a qual *amor primum descendit, deinde ascendit*, fórmula usada para exprimir a sensação da sociedade no sentido de que os descendentes devem compor sempre o grupo por primeiro chamado a herdar, pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua constituição física, de sua estrutura moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida para com o outro genitor, quiçá sobrevivo à sua morte”.

³⁶⁷ Para um estudo aprofundado sobre regime de bens, consulte-se: CARBONNIER, Jean. *Le regime matrimonial: sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*. Paris: Bordeaux, 1932; MERÉA, Manuel Paulo. *Evolução dos regimes matrimoniais*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913, v. 1; SANTONJA, Vicente Luis Simó. *Capacidad y regimenes matrimoniales de extranjeros*. Madrid: Tecnos, 1970; CHAMPION, Jean. *Regimes matrimoniaux et contrats de mariage*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1998; AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes em el matrimonio*. Buenos Aires: Depalma, 2002.

³⁶⁸ DIAS, Maria Berenice (Ponto-e-vírgula. *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 27/abr./2003, p. 1) defende a idéia, contrária à esposada no texto, de que o ponto-e-vírgula empregado no

com regime de separação total (convencional) de bens³⁶⁹, participação final nos aqüestões ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens³⁷⁰. Frise-se que, havendo bens particulares, neste caso, o cônjuge herda sobre toda a herança, não apenas sobre estes³⁷¹.

dispositivo teria o efeito de alterar o seu sentido. Segundo a autora, “no regime da comunhão parcial há a concorrência ‘se’ o autor da herança não houver deixado bens particulares. *A contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge concorrerá com os descendentes”. Mas, *data venia*, este entendimento não pode prevalecer. O ponto-e-vírgula empregado no texto não tem o condão de afastar o “salvo se” empregado no texto. O uso do “ponto-e-vírgula” se explica para evitar a falta de clareza com o emprego de sucessivas vírgulas. É neste sentido também o entendimento de SANTOS, Luiz Felipe Brasil (Pontuações. *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 11/maio/2003, p. 1), que, citando gramáticos, diz que “utiliza-se o ponto-e-vírgula ‘para separar as partes, séries ou membros de frases que já estão interiormente separados por vírgula’”. Ademais, como bem lembra também o Desembargador, a interpretação finalística também não socorre à douta Desembargadora. É que o intuito do legislador é justamente o contrário daquele defendido pela autora, e justamente no sentido defendido no texto, qual seja: sendo o regime de comunhão parcial de bens, mas não deixando o *de cujus* bens particulares, o regime é semelhante ao de comunhão universal, em que todos os bens são comuns, pelo que se deve dar igual tratamento, ou seja, não deve haver direito à herança. Já se houver bens particulares, justifica-se o direito sucessório do cônjuge por não participar ele da sucessão sobre todos os bens. Insustentável, portanto, *data venia*, o entendimento esposado pela nobre autora. No mesmo sentido é a lição de DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 559-562), entendendo, contudo, que houve falta de técnica redacional do legislador.

³⁶⁹ REALE, Miguel (O cônjuge no novo Código Civil. *In: O Estado de S. Paulo*, 12/abr./03, p. A2) pretende dar interpretação extensiva à expressão “separação obrigatória” constante do art. 1.829, inciso I, do novo Código, entendendo que não há direito hereditário ao cônjuge casado com regime de separação convencional. Pretende o autor que “duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único (*sic*) do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens”. Mas, com a devida vênia, não assiste razão ao insigne mestre. Não é possível aceitar a expressão “separação obrigatória” com um sentido tão amplo, pois justamente o termo “obrigatória” tem o fim de limitar a uma das espécies de regime de separação, contrapondo-se à separação convencional, que é a outra espécie. Assim, se a lei expressamente se referiu à separação obrigatória, naturalmente quis restringir a esta espécie de separação, não abrangendo a outra (convencional). Pode até ser que não fosse esta a *mens legislatoris* (de que o autor está mais do que autorizado a falar), mas é certamente a *mens legis*, que deve prevalecer. Neste sentido, ratificando o direito hereditário do cônjuge no regime de separação convencional, vide MALUF, Carlos Alberto Dabus (Sucessão do cônjuge sobrevivente casado. *In: Tribuna do Direito*. São Paulo, out./2004, p. 12), que contradita com razão o argumento contrário do ilustre jurista.

³⁷⁰ Poder-se-ia discutir se também se aplicaria o dispositivo aos regimes mistos, formados com base no art. 1.639, *caput*, em que os nubentes, ao invés de escolherem um dos regimes fixados na lei, criam regime novo. SANTOS, Luiz Felipe Brasil (A sucessão dos cônjuges no novo Código Civil. *In: <<http://www.ibdfam.com.br>>*. Acesso em: 10/mar./2004) entende que, neste caso, sempre terá o cônjuge direito a concorrer na sucessão com os descendentes. Parece-nos, contudo, ser mais conveniente, neste caso, analisar-se o regime criado, estabelecendo uma comparação com os regimes fixados na lei. Regular-se-á a sucessão do cônjuge, neste caso, da forma como seria se o regime fosse aquele previsto em lei que mais se aproxima com o regime criado.

³⁷¹ Neste sentido: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos cônjuges... *cit.*; CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. cit.*, p. 247-248 (texto escrito apenas pelo primeiro autor). Em sentido contrário, entendendo que o cônjuge somente herda sobre os bens particulares: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 277; VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge... *cit.*, p. 529; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários...** *cit.*, p. 220; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem... *cit.*, p. 6; DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 563-564; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Op. cit.*, p. 173-174 e 192; NICOLAU, Gustavo; Sucessão legítima no novo Código Civil. *In: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>*. Acesso em: 01/dez./2004, p. 4. Assim também se entendeu na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de

O pressuposto da lei para a limitação quanto ao regime é de que, havendo comunhão ilimitada (que é evidenciada no regime de comunhão universal – embora neste também haja bens excluídos da comunhão – e no regime de comunhão parcial em que não haja bens particulares do *de cuius*), não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes³⁷². Esqueceu-se o legislador, contudo, de que também no regime de participação final nos aqüestos pode haver comunhão ilimitada, o que deveria ter gerado semelhante exclusão³⁷³.

Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 01 a 03 de dezembro de 2004, sob a coordenação científica do Ministro aposentado Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br>>. Acesso em: 08.12.2004: “O art. 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 aqüestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência restringe-se a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”. NICOLAU, Gustavo *Op. cit.*, p. 4) cita expressão, “pouco sonora e muito didática”, do Professor da FAAP Cláudio Luis Bueno de Godoy, que sintetiza este entendimento: “Onde o cônjuge herda não meia; onde meia não herda”.

³⁷² Esta disposição pode gerar situações complexas, bem exemplificadas por CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (*Op. cit.*, p. 247-248): “Veja-se que se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial, e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação; mas se o único bem particular, adquirido antes do casamento, for uma linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro. E nesta mesma situação com apenas uma linha telefônica adquirida anteriormente ao matrimônio, se o regime adotado for o da comunhão universal, o cônjuge recebe a meação também sobre o telefone, mas fica privado da concorrência na herança sobre a integralidade do acervo hereditário”. Também o exemplo figurado por SANTOS, Luiz Felipe Brasil (*A sucessão dos cônjuges... cit.*) é ilustrativo: “Imagine-se, primeiramente, a situação de um casal, com um filho, cujo único patrimônio seja constituído pelo apartamento onde reside (no valor de R\$ 99.000,00) adquirido na constância do casamento. Nesse caso, falecendo o varão, e não havendo bens particulares, a mulher não concorrerá com o filho, recebendo apenas sua meação (correspondente, no caso, a R\$ 49.500,00). Admitamos, agora, que, além desse apartamento, o autor da herança fosse proprietário de uma bicicleta (no valor de R\$ 1.000,00), que, por ter sido adquirida em sub-rogação de um bem pré-existente ao casamento, constitui bem particular (art. 1.659, II). Nessa hipótese, existindo bem particular, o cônjuge concorrerá com o descendente, em igualdade de condições, recebendo, portanto, - além de sua meação sobre o apartamento (R\$ 49.500,00) - a título de herança, a metade de todos os bens deixados pelo ‘de cuius’, ou seja, mais R\$ 25.500,00. O total dos bens que caberão ao cônjuge sobrevivente (meação + quinhão hereditário) corresponderá, neste segundo caso, a R\$ 75.000,00, ficando o filho com R\$ 25.000,00. Como se vê desse exemplo, a simples existência de uma bicicleta (na condição de bem particular, no valor de 1% do total dos bens), faz com que surja o direito do cônjuge de concorrer com o descendente, aumentando desproporcionalmente o valor que lhe caberá, que passa de R\$ 49.500,00 (na primeira situação, em que recebe apenas a meação) para R\$ 75.000,00 (na segunda situação, onde, por existir bem particular, concorre com o descendente)”.

³⁷³ No mesmo sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 149. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (*Op. cit.*, p. 330) chega a dizer que, em certo sentido, o regime da comunhão parcial inclui também o regime da participação final dos aqüestos, na medida em que, dissolvida a sociedade conjugal, os bens até então de administração exclusiva, devem ser partilhados como se se tratasse do regime da comunhão parcial.

Nos termos do art. 1.832³⁷⁴, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Isto se aplica, especialmente, aos casos em que os descendentes não tenham o mesmo grau de parentesco (filhos e netos, *v.g.*), dando-se a sucessão por direito de representação e a partilha por estirpe. O legislador garantiu ao cônjuge a mesma condição do descendente que herda em grau mais próximo. Se concorrem, *v.g.*, filhos e netos, terá o cônjuge quota igual à do filho, regra esta que beneficia o cônjuge.

Não pode a quota do cônjuge ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. É o que Gustavo NICOLAU chamou de “ piso da herança ”³⁷⁵. Assim, se houver mais de três descendentes concorrendo por cabeça, não haverá igualdade de quinhões. O cônjuge herdará uma quarta parte, sendo as três restantes divididas por cabeça entre os descendentes. Note-se que isto só ocorrerá se o cônjuge for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. Havendo herdeiros não descendentes seus (ainda que em concorrência com outros descendentes), sua quota será sempre igual à deles³⁷⁶. Esta interpretação se tira da expressão “se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”, da parte final do art. 1.832. Com efeito, se nem todos os descendentes forem descendentes do cônjuge sobrevivente, este concorrerá tanto com descendentes seus quanto com descendentes apenas do *de cujus*, ou seja, não será ascendente dos herdeiros com que concorrer, pelo menos de nem todos eles, pelo que não se lhe reserva a quota mínima de um quarto da herança. É também neste sentido a lição de Euclides Benedito de OLIVEIRA³⁷⁷, de Zeno VELOSO³⁷⁸, de Gustavo NICOLAU³⁷⁹ e de Aldemiro Rezende DANTAS JÚNIOR³⁸⁰. Em sentido contrário, Luiz Felipe Brasil SANTOS entende que não há solução na lei para o caso e que é inviável estabelecer entre os filhos qualquer diferença

³⁷⁴ No Projeto, este dispositivo constava do art. 2.023, com referência ao art. 2.016, inciso I, e não ao art. 1.829, inciso I, como agora consta, mas com uma distinção essencial: não constava do Projeto a parte final do dispositivo (“se for ascendente dos herdeiros com que concorrer”), que tantas polêmicas tem suscitado.

³⁷⁵ NICOLAU, Gustavo. *Op. cit.*, p. 5.

³⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (**Comentários...** *cit.*, p. 227; **Concorrência...** *cit.*, p. 437-441) critica este entendimento, dizendo que isto seria equiparar todos os descendentes (comuns e exclusivos) como se todos fossem descendentes exclusivos do cônjuge falecido. Com a devida vênia, ousamos discordar, como segue no texto.

³⁷⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Op. cit.*, p. 124.

³⁷⁸ VELOSO, Zeno. *Direito sucessório... cit.*, p. 276; VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros. In: Direito de família e o novo Código Civil.* Coordenadores: Maria Berenice DIAS e Rodrigo da Cunha PEREIRA. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 229-230; VELOSO, Zeno. *Sucessão do cônjuge... cit.*, p. 531.

³⁷⁹ NICOLAU, Gustavo. *Op. cit.*, p. 5.

³⁸⁰ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 569.

de quinhões, em face da igualdade constitucional assegurada a eles³⁸¹. Entretanto, a solução que apregoamos não estabelece diferença de quinhões entre os filhos, como algumas soluções apresentadas³⁸². Solução plausível também apresentou Eduardo de Oliveira LEITE: composição pela solução mista, dividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes, com posterior abatimento da reserva na quota dos herdeiros comuns. Todos os filhos (comuns e exclusivos) herdaram em igualdade de proporção, sendo que a incidência da reserva de um quarto da herança apenas ocorre em relação aos herdeiros comuns, sem comprometimento dos herdeiros exclusivos³⁸³.

Não aceitando os descendentes a herança, pretendem alguns autores haver direito de acrescer ao cônjuge. Neste sentido se pronunciaram Eduardo de Oliveira LEITE³⁸⁴ e Aldemiro Rezende DANTAS JÚNIOR, que alega estarem, cônjuge e descendentes, na mesma classe, invocando, então, o disposto no art. 1.810³⁸⁵. No direito

³⁸¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos cônjuges... *cit.* No mesmo sentido: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Da ordem... *cit.*, p. 7), que diz: “O legislador do Código Civil de 2002, embora inovador na construção legislativa de hipótese de concorrência do cônjuge com herdeiros de convocação anterior à sua própria, infelizmente não fez a previsão da hipótese agora em apreço, de chamada de descendentes dos dois grupos, quer dizer, os descendentes comuns e os descendentes exclusivos. E é bastante curioso, até, observar essa lacuna deixada pela nova Lei Civil, uma vez que em nosso país a situação descrita é comuníssima, isto é, a situação de famílias que são constituídas por pessoas que já foram unidas a outras, anteriormente, por casamento ou não, resultando dessas uniões filhos (descendentes, enfim) de origens diversas”.

³⁸² Assim, *v.g.*, a solução de ARAÚJO, Ricardo Augusto de O. Xavier (O direito das sucessões no novo Código Civil. *In*: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 12/mar./2004), para quem se deve dividir separadamente a parte dos filhos do cônjuge herdeiro e a dos filhos só do falecido, retirando só daqueles a reserva de um quarto da herança ao cônjuge, solução que implica distinção na herança dos filhos.

³⁸³ LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. *In*: **Novo Código Civil: questões controvertidas**. Coordenador: Mário Luiz DELGADO e Jones Figueirêdo ALVES. São Paulo: Método, 2003, p. 459-460.

³⁸⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários...** *cit.*, p. 219.

³⁸⁵ “Veja-se que no Código Civil de 2002, como já dissemos acima (...), ao contrário do que ocorria no Código Civil de 1916, a primeira classe da ordem da vocação hereditária não é formada apenas pelos descendentes, mas por estes e pelo cônjuge sobrevivente (embora este possa ser chamado ou não, dependendo do regime de bens). Logo, se tanto o cônjuge quanto os descendentes integram a mesma classe, pensamos que deva ser aplicada a regra contida no artigo 1.810, segundo a qual, na sucessão legítima, a parte do herdeiro renunciante acresce à dos demais co-herdeiros da mesma classe, apenas sendo devolvida aos herdeiros da classe seguinte se o renunciante era o único herdeiro ou se todos renunciaram aos respectivos quinhões, lembrando-se ainda que ninguém sucede representando herdeiro renunciante (art. 1.811). Assim, por exemplo, suponha-se que o falecido deixou três filhos e cônjuge sobrevivente, sendo o regime de bens o da separação convencional, hipótese na qual, como já examinamos acima, a herança deverá ser dividida em quatro quotas, sendo uma para cada filho e a quarta pertencente ao cônjuge sobrevivente. Nessas condições, se um dos filhos renunciar, a herança será dividida em três quotas, a serem entregues aos outros dois filhos e ao cônjuge. O mesmo ocorrerá se o cônjuge renunciar, sendo então o patrimônio igualmente dividido entre os três filhos. Se a renúncia for do cônjuge e de dois dos filhos do *de cuius*, restará um único representante da primeira classe, ou seja, um filho do falecido. Ora, é certo que a presença, na herança, desse único filho não renunciante será o suficiente para o afastamento dos ascendentes, vindo o filho a recolher todo o patrimônio inventariado. Da mesma forma, nenhuma

português, CAPELO DE SOUSA entende também que “se algum ou alguns dos descendentes não puder(em) ou não quiser(em) aceitar a sucessão e não se verificar quanto a ele(s) o direito de representação, a(s) sua(s) quota(s) acresce(m) nos termos gerais do n.º 2 do art. 2137.º. ‘aos outros sucessíveis da mesma classe que com eles concorram à herança’ (cônjuge e outros descendentes, conforme o n.º 1 do art. 2133.º.)”³⁸⁶. O autor, contudo, não esclarece se assim também entende quando todos os descendentes renunciarem à herança, como pretendem os autores nacionais citados. Mas este entendimento, embora perfeitamente admissível no direito português, em face da redação do art. 2.133.º. do Código lusitano, para nós, com a devida vênia, não está correto. Não se pode falar aqui, propriamente, que a primeira classe é composta igualmente por cônjuge e descendentes. Em verdade, a primeira classe continua, como no velho Código, a ser composta apenas pelos descendentes, que sucedem “em concorrência com o cônjuge”, como deixa claro o art. 1.829, inciso I³⁸⁷. Assim, a ausência de descendentes por qualquer motivo, ainda que seja por renúncia de todos, faz passar a herança à segunda classe, a dos ascendentes. Herdam, neste caso, os ascendentes, em concorrência com o cônjuge. Este só herdará toda a herança se não houver descendentes nem ascendentes que aceitem a herança, quando então a herança passará à terceira classe na ordem de vocação hereditária, classe esta, aí sim, integrada pelo cônjuge.

5.3. Concorrência com Ascendentes

Em segundo lugar, herdam os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Aqui a lei não faz distinção quanto ao regime de bens do casamento; em qualquer regime o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão. Nos termos do art.

diferença haveria se o único representante dessa primeira classe fosse o cônjuge, em vez de um filho, ou seja, se todos os três filhos tivessem renunciado aos respectivos quinhões hereditários” (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 570-571).

³⁸⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Op. cit.*, p. 92.

³⁸⁷ Observe-se a diferença de redação deste dispositivo em relação ao art. 1.026 do Código Civil uruguaio, adiante transcrito (vide nota de rodapé n.º. 802, infra), que efetivamente coloca o cônjuge na classe dos ascendentes. Observe-se também a redação do art. 2.133.º., item 2, do Código Civil português (vide item 7.1, infra), que fala expressamente que o cônjuge integra a primeira e a segunda classes.

1.837³⁸⁸, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; mas lhe caberá a metade da herança se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Ou seja, se o *de cujus* tiver pai e mãe vivos, o cônjuge herdará um terço. Se só tiver pai ou só tiver mãe, o cônjuge herdará metade, cabendo ao ascendente sobrevivente a outra metade. Se não tiver pai nem mãe, também o cônjuge herdará metade, devendo a outra metade ser dividida igualmente por todos os ascendentes sobreviventes que estiverem no mesmo grau (avós, bisavós etc.), respeitada a divisão por linhas determinada pelo art. 1.836, § 2º.³⁸⁹

5.4. Herança Integral

Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1.838³⁹⁰), como já se dava no sistema passado. Ou seja, o cônjuge é mantido sozinho no terceiro grau de vocação hereditária, para o caso de não haver descendentes nem ascendentes do *de cujus*.

Mas essa exclusividade do cônjuge é mais aparente que real. É que existe uma zona de conflito entre o cônjuge e o companheiro. Admitindo-se a constitucionalidade

³⁸⁸ Este dispositivo constava quase literalmente do art. 2.025 do Projeto, tendo se alterado apenas um detalhe de pontuação.

³⁸⁹ “§ 2º. Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna”. Este dispositivo constava quase que literalmente no art. 2.020, § 2º., do Projeto, com pequena variação apenas de redação.

³⁹⁰ No texto projetado, este dispositivo constava do art. 2.021, que juntava uma referência final: “obedecido o disposto no artigo seguinte”. O “artigo seguinte” (art. 2.022) consta agora do art. 1.830, excluindo o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se havia separação judicial ou de fato ao tempo da morte. A supressão dessa parte final, inclusive alterando-se a posição deste dispositivo, pode gerar uma dúvida não comumente suscitada na doutrina: não teria sido intenção do legislador limitar a aplicação do art. 1.830 apenas à hipótese de concorrência com descendentes e ascendentes? No caso do art. 1.838, em que o cônjuge herda sozinho, por falta de descendentes e ascendentes, tendo sido suprimida a expressa referência ao agora art. 1.830, não haveria sucessão do cônjuge ainda que separado de fato ou mesmo judicialmente? Não nos parece que seja esta a melhor interpretação do dispositivo; contudo, esta é uma dúvida de interpretação que pode ser questionada. ALMEIDA, José Luiz Gavião de (*Op. cit.*, p. 213) chega a interpretação diametralmente oposta, entendendo que, no art. 1.830, o cônjuge recebe à falta de ascendentes ou descendentes, o que, *data venia*, também não nos parece correto.

da disposição do art. 1.723, § 1º.³⁹¹, será possível a concorrência, na mesma sucessão, de cônjuge e “companheiro”³⁹² do *de cuius*, por estar este, ao tempo da morte, separado de fato de seu cônjuge e vivendo em “união estável” com outra pessoa, seja dentro do período de dois anos de separação de fato do art. 1.830, seja mesmo fora dele, se a separação não se deu por culpa do cônjuge sobrevivente³⁹³.

Uma interpretação literal, por isso, mostra o choque de dispositivos. Pelos incisos do art. 1.790 citados, o convivente não está excluído, embora não receba de forma concorrente nos termos do inciso III. Pelo art. 1.838, a falta de descendentes e ascendentes do falecido importa na entrega da totalidade dos bens ao cônjuge sobrevivente. Não se pode excluir o direito sucessório do cônjuge, porque não pode ser ele penalizado pela separação que não causou. Mas o “companheiro” também terá, neste caso, direito à sucessão, ficando, nessa hipótese, com direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável³⁹⁴.

Mais complicada seria a hipótese (ainda admitindo-se a constitucionalidade do art. 1.723, § 1º.) de concorrerem descendentes, cônjuge e “companheiro”, ou de concorrerem ascendentes, cônjuge e “companheiro”. Seria realmente difícil se determinar a quota de cada qual, dada a impossibilidade de se conjugar os incisos do art. 1.790 com as regras dos arts. 1.832 e 1.837. Deve-se, desde logo, refutar o caminho fácil de conceder ao cônjuge sua quota integral com base nos arts. 1.832 e 1.837, e ao companheiro também sua quota integral com base no art. 1.790, o que redundaria em enorme prejuízo à quota dos demais herdeiros (descendentes ou ascendentes); tal solução, a par de injusta, certamente contraria a *mens legis*. Uma solução possível (afora a solução, em nosso ver, mais correta, de negar direitos ao companheiro pela inconstitucionalidade do

³⁹¹ Questionamos a constitucionalidade deste dispositivo no item 6.5, *infra*.

³⁹² Os termos “companheiro”, “união estável” e todos os demais que a tal relacionamento se referem são aqui grafados entre aspas para reforçar nosso entendimento de que a união que concorre com o casamento (ainda que com separação de fato) não passam, em verdade, de concubinato, nos termos do art. 1.727 do Código Civil, pelo que não configuram verdadeira união estável.

³⁹³ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (*Op. cit.*, p. 336) parece ter se esquecido disso quando afirmou que “a pessoa que vive em união estável certamente não possui cônjuge em condições de herdar”, acrescentando em nota que: “Apesar de a lei civil autorizar o reconhecimento da união estável nas hipóteses de pessoas separadas judicialmente, estas são expressamente afastadas da sucessão de seu ex-cônjuge, uma vez que rompida estará a sociedade conjugal, muito embora sobreviva o vínculo matrimonial. O mesmo se diga na hipótese de separados de fato que vivam em união estável segundo os ditames do art. 1.723, § 1º., *in fine*, do Código Civil, uma vez que estes não participarão da sucessão de seu cônjuge”.

³⁹⁴ Cf. ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 216-217.

citado dispositivo) seria dizer que o companheiro e o cônjuge dividiriam em partes iguais a quota que caberia a este. Mas tal solução seria tomada meramente por equidade, por não haver qualquer base legal para justificá-la. Tentemos uma solução mais fundamentada, com relativa base legal. Para tanto, analisemos as várias hipóteses possíveis:

1) concorrência de um filho do casamento, cônjuge e “companheiro”: pela regra do art. 1.832, se apenas houvesse cônjuge e filho, o cônjuge (desde que casado em um dos regimes que lhe permitem concorrer com o filho) herdaria metade e o filho, a outra metade. Já pela regra do art. 1.790, inciso II, se apenas houvesse “companheiro” e filho não comum, o companheiro herdaria um terço (limitado aos bens adquiridos na constância da união), e o filho herdaria os dois terços restantes. Uma solução que nos parece razoável seria dar ao filho a metade da herança, que seria a sua porção se concorresse apenas com o cônjuge, dividindo-se a metade restante entre cônjuge e companheiro. Essa divisão, contudo, não necessariamente teria que ser feita em partes iguais. Se pensarmos que o art. 1.790, inciso II, é bem mais restritivo que o art. 1.832, dando menos direitos ao companheiro que ao cônjuge, teremos necessariamente que concluir que a *mens legis* repele essa divisão igualitária. Daí, talvez uma solução possível seria aplicar o art. 1.790, inciso III, apenas à quota da metade restante (excluída a parte que caberia ao filho). Neste caso, o companheiro teria direito a um terço sobre essa metade, desde que adquirida onerosamente na constância da união, recolhendo o cônjuge o restante. Outra solução possível seria separar o patrimônio em duas partes: uma, constituída pelo patrimônio adquirido onerosamente na constância da “união estável” entre o *de cujus* e o “companheiro”; a segunda, constituída pelos demais bens do *de cujus*. O “companheiro” herdaria um terço da primeira parte do patrimônio, ou seja, metade do que caberia ao filho nesta parte; o cônjuge herdaria a metade da segunda parte (quota equivalente à do filho nesta parte); o filho recolheria todo o restante (dois terços da primeira parte e metade da segunda). Este entendimento é mais lógico e acompanha mais de perto as regras dos arts. 1.790 e 1.832. Convém exemplificar: imagine-se que o *de cujus* tenha falecido deixando cônjuge, “companheiro” e um filho do casamento; deixou bens adquiridos onerosamente na constância da “união estável” que somam sessenta mil reais; além destes, deixou outros bens que somam cem mil reais. Pelo entendimento que propugnamos, o primeiro monte seria composto de bens que somam sessenta mil reais, e o segundo, de bens que somam cem mil reais; o “companheiro” herdaria um terço da primeira parte, equivalente a vinte

mil reais; o cônjuge herdaria a metade da segunda parte, equivalente a cinquenta mil reais; o filho recolheria todo o restante, equivalente a noventa mil reais.

2) concorrência de dois filhos do casamento, cônjuge e “companheiro”: o mesmo raciocínio por último exposto pode ser aplicado neste caso; o melhor entendimento é no sentido de separar o patrimônio em duas partes: uma, constituída pelo patrimônio adquirido onerosamente na constância da “união estável” entre o *de cujus* e o “companheiro”; a segunda, constituída pelos demais bens do *de cujus*. O companheiro herdaria um quinto da primeira parte do patrimônio (metade da quota de cada filho); o cônjuge herdaria um terço da segunda parte (quota equivalente à de cada filho); os filhos herdariam o restante, que seria dividido entre eles em partes iguais. No exemplo antes figurado, o “companheiro” herdaria um quinto de sessenta mil reais, o que equivale a doze mil reais; o cônjuge herdaria um terço de cem mil reais, pouco mais de trinta e três mil reais; cada filho receberia metade do restante, ou seja, algo em torno de cinquenta e sete mil reais.

3) concorrência de três filhos do casamento, cônjuge e “companheiro”: aplicando o mesmo raciocínio, separando o patrimônio em duas partes, o “companheiro” herdaria um sétimo da primeira parte do patrimônio (metade da quota de cada filho); o cônjuge herdaria um quarto da segunda parte (quota equivalente à de cada filho); os filhos herdariam o restante em partes iguais. No exemplo inicial, o “companheiro” herdaria cerca de oito mil e quinhentos reais; o cônjuge, vinte e cinco mil reais; cada filho herdaria um pouco mais de quarenta e dois mil reais.

4) concorrência de quatro ou mais filhos do casamento, cônjuge e “companheiro”: o mesmo raciocínio prossegue, com a seguinte distinção: a quota do cônjuge permanece invariável, já que a quota mínima do cônjuge, quando concorre com filhos comuns, é de um quarto; o mesmo raciocínio não se aplica ao “companheiro”, que terá cada vez menor quota, quanto maior número de filhos existirem, sempre recebendo metade da parte que cabe a cada filho.

5) concorrência de um filho dos “companheiros”, cônjuge e “companheiro”: a situação agora muda um pouco de aspecto, pois o filho, ao invés de ser filho do casamento, passa a ser filho dos “companheiros” (do *de cujus* e de seu “companheiro”); aplicando o raciocínio antes exposto, no sentido de se dividir o

patrimônio em duas partes, ao “companheiro” caberia metade da primeira parte (quota equivalente à do filho comum nesta parte, nos termos do art. 1.790, inciso I); ao cônjuge caberia metade da segunda parte (quota equivalente à do filho nesta parte); ao filho caberá o restante do patrimônio. No exemplo antes figurado, ao “companheiro” caberia bens que importassem em trinta mil reais; ao cônjuge, bens que somassem cinquenta mil reais; ao filho, o restante, ou seja, oitenta mil reais.

6) concorrência de dois filhos dos “companheiros”, cônjuge e “companheiro”: ainda aplicando a regra de divisão do patrimônio em duas partes, ao “companheiro” caberia um terço da primeira parte (quota equivalente à de cada filho); ao cônjuge, um terço da segunda parte (quota equivalente à de cada filho); os filhos dividiriam o patrimônio restante em partes iguais. Mais uma vez utilizando o exemplo inicial, ao “companheiro” caberia vinte mil reais; ao cônjuge, pouco mais de trinta e três mil reais; cada filho receberia pouco mais de cinquenta e três mil reais em bens.

7) concorrência de três ou mais filhos dos “companheiros”, cônjuge e “companheiro”: o mesmo raciocínio do item anterior deve ser aplicado indefinidamente, conforme crescerem o número de filhos, sendo que não há, nem para o cônjuge nem para o “companheiro”, direito à reserva de um quarto da herança.

8) concorrência de um filho do *de cuius* com terceiro³⁹⁵, cônjuge e “companheiro”: aqui, a situação mudaria um pouco para o “companheiro”, igualando-se à primeira situação mencionada, ou seja: o “companheiro” herdaria um terço da primeira parte do patrimônio (metade do que caberá ao filho); o cônjuge herdaria metade da segunda parte; o filho, que não é filho nem do cônjuge nem do “companheiro”, herdaria todo o patrimônio restante. No exemplo inicial, o “companheiro” herdaria bens que somassem vinte mil reais; o cônjuge, cinquenta mil reais; o filho, noventa mil reais.

9) concorrência de dois ou mais filhos do *de cuius* com terceiro, cônjuge e “companheiro”: igualmente ao item anterior, o “companheiro” recolheria sempre metade do que caberia aos filhos na primeira parte do patrimônio; o cônjuge recolheria sempre uma quota igual à de cada filho na segunda parte do patrimônio, sem reserva mínima de um quarto; os filhos dividiriam todo o patrimônio restante em partes iguais.

10) concorrência de filhos do casamento, filhos do *de cujus* com terceiro, cônjuge e “companheiro”: quanto ao “companheiro”, neste caso, a situação não mudaria, pois todos os filhos não lhe seriam comuns, pelo que herdaria ele sempre metade do que caberia a cada filho na primeira parte do patrimônio; para o cônjuge, tem-se a hipótese de filhos híbridos (filhos do casamento e filhos fora do casamento); segundo nosso entendimento anteriormente exposto³⁹⁶, o cônjuge herdaria uma quota igual à de cada filho na segunda parte do patrimônio, sem reserva de um quarto, já que não é ascendente de todos os descendentes do *de cujus*; os filhos herdariam todo o restante, dividido em partes iguais.

11) concorrência de filhos dos “companheiros”, filhos do *de cujus* com terceiro, cônjuge e “companheiro”: o companheiro, neste caso, como propugnamos³⁹⁷, teria direito a uma quota equivalente à de cada filho, aplicando-se a regra do inciso I do art. 1.790; então, herdaria o “companheiro” uma quota equivalente à de cada filho sobre a primeira parte do patrimônio; o cônjuge herdaria também uma quota equivalente à de cada filho sobre a segunda parte do patrimônio, sem reserva de um quarto do patrimônio; os filhos herdariam todo o restante, dividido em partes iguais.

12) concorrência de filhos dos “companheiros”, filhos dos cônjuges, cônjuge e “companheiro”: a situação é a mesma do item anterior, tanto para o “companheiro” quanto para o cônjuge, ou seja, o “companheiro” herdaria uma quota equivalente à de cada filho sobre a primeira parte do patrimônio; o cônjuge herdaria também uma quota equivalente à de cada filho sobre a segunda parte do patrimônio, sem reversa de um quarto da herança; os filhos herdariam todo o restante, dividido em partes iguais.

13) concorrência de pai e mãe do *de cujus*, cônjuge e “companheiro”: ausentes quaisquer descendentes, passa-se agora a analisar a concorrência de ascendentes, cônjuge e “companheiro”; deixando o *de cujus* pai e mãe, além de cônjuge e “companheiro”, nos termos antes propugnados, dividindo-se a herança em duas partes, ao “companheiro” caberia um terço da primeira parte da herança, nos termos do art. 1.790,

³⁹⁵ Terceiro aqui pode ser tanto um ex-cônjuge, um ex-companheiro, como até mesmo um relacionamento fortuito qualquer, mesmo eventual, do qual tenha havido o filho. Pode ser até mesmo fruto de “produção independente”, por inseminação artificial, por exemplo.

³⁹⁶ Item 5.2, supra.

³⁹⁷ Item 6.5, infra.

inciso III; ao cônjuge caberia um terço da segunda parte do patrimônio, nos termos do art. 1.837; os pais dividiriam a herança restante em partes iguais. No exemplo inicial, ao “companheiro” seriam atribuídos bens que somassem vinte mil reais; ao cônjuge, pouco mais de trinta e três mil reais; a cada genitor, pouco mais de cinquenta e três mil reais.

14) concorrência de pai ou mãe do *de cujus*, cônjuge e “companheiro”: quanto ao “companheiro”, a circunstância de só haver pai ou só haver mãe nada altera seu direito sucessório, só tendo ele direito a um terço da primeira parte do patrimônio; para o cônjuge, contudo, o fato de só haver um ascendente de 1º. grau dá-lhe o direito de receber metade da segunda parte do patrimônio; o ascendente sobrevivente terá direito a todo o resto do patrimônio. No exemplo já tão repetido, o “companheiro” receberia bens que somassem vinte mil reais; o cônjuge, cinquenta mil reais; o genitor sobrevivente, noventa mil reais.

15) concorrência de ascendentes de 2º. grau em diante, cônjuge e “companheiro”: ainda aqui, não se alteraria a situação do “companheiro”, que teria direito a um terço da primeira parte do patrimônio; quanto ao cônjuge, assim como no item anterior, teria ele direito à metade da segunda parte do patrimônio; os ascendentes dividiriam o patrimônio restante, respeitada a sucessão por linhas (art. 1.836, § 2º.).

16) concorrência de cônjuge, “companheiro” e colaterais do *de cujus*: esta última hipótese se deve à redação do art. 1.790, inciso III, que não dá direito exclusivo ao companheiro em face dos colaterais do *de cujus*; dois entendimentos são possíveis: seguindo o entendimento antes enunciado, dividindo-se o patrimônio em duas partes, ao “companheiro” caberia um terço da primeira parte; ao cônjuge, a totalidade da segunda parte do patrimônio; os colaterais receberiam a parte restante, ou seja, dois terços da primeira parte do patrimônio. Entretanto, se se olhar apenas para a regra do art. 1.829, haveria concorrência apenas entre cônjuge e “companheiro”, aplicando-se a divisão antes enunciada, ou seja, um terço da primeira parte do patrimônio para o “companheiro” e o restante para o cônjuge, entendimento este que nos parece mais correto. Ainda no exemplo inicial, o “companheiro” herdaria vinte mil reais em bens; o cônjuge, cento e quarenta mil reais.

Vê-se, de todas estas hipóteses, o quanto confusa é a lei nesta matéria. Reafirmamos que a melhor solução é mesmo a declaração da inconstitucionalidade do art. 1.723, § 1º., negando qualquer direito ao “companheiro” quando o *de cujus* for casado.

5.5. Direito Real de Habitação

Mantém o novo Código o direito real de habitação no art. 1.831³⁹⁸, estendendo-o a qualquer regime de bens³⁹⁹, até mesmo para o regime de separação legal⁴⁰⁰. Não repetiu o novo Código a expressão “enquanto viver e permanecer viúvo”. Obviamente o direito só existe enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com sua morte, uma vez que se aplicam à habitação as disposições relativas ao usufruto, nos termos do art. 1.416, sendo que o usufruto se extingue pela morte do titular do direito (art. 1.410, inciso I). Quanto à exigência de que permaneça viúvo, parece-nos revogada⁴⁰¹, embora seja

³⁹⁸ Este dispositivo constava do Projeto no art. 2.026, com redação quase idêntica ao art. 1.611, § 2º., do Código de 1916, salvo que acrescia o regime de comunhão parcial. Foi significativamente alterado o texto projetado até sua aprovação final.

³⁹⁹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 574) louva essa atitude do legislador: “Andou bem o legislador ao reconhecer a independência entre o regime de bens e o direito de habitação, ao contrário do que ocorria no Código Civil de 1916, cuja art. 1.611, § 2º., apenas deferia tal direito se o regime de bens fosse o da comunhão universal, sendo certo que tal restrição se mostrava completamente injustificável”.

⁴⁰⁰ Neste sentido, escreve DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 574): “Assim, ainda que existam descendentes e o regime de bens seja o da separação obrigatória, hipótese na qual a propriedade do imóvel será deferida aos descendentes, uma vez que o cônjuge estará excluído da sucessão (art. 1.829, I), de qualquer forma haverá o direito real de habitação”.

⁴⁰¹ No mesmo sentido: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos cônjuges... cit.*; DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. *Op. cit.*, p. 176. Em sentido contrário: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 577-578. O exemplo citado por este último autor, contudo, faz-nos ver que confundiu ele as duas exigências: “Quanto à necessidade de permanecer viúvo, no entanto, nada diz a lei, o que pode gerar interessantes situações, caso se entenda que não mais existe tal exigência. Assim, por exemplo, suponha-se que *A*, proprietário de um imóvel, veio a casar-se com *B*, passando o casal a residir no referido imóvel. Algum tempo depois, *A* vem a morrer, sendo atribuído a *B* o direito real de habitação sobre o referido imóvel. Posteriormente, no entanto, *B* vem a contrair o matrimônio com *C*, passando o casal a residir ainda no mesmo imóvel. *B*, então, vem a falecer, recebendo *C* o direito real de habitação sobre o multicitado imóvel. *C*, então, vem a casar-se com *D*... e assim por diante, indefinidamente. Como se vê, portanto, caso admitido que o direito real de habitação seria mantido ainda na hipótese de novo casamento do cônjuge sobrevivente, seria possível que uma pessoa (*C*, no exemplo figurado) que nem ao menos conheceu o proprietário original do imóvel (*A*, no exemplo) viesse a adquirir direito real sobre o mesmo, e enquanto tudo isso ocorre os herdeiros de *A* continuam privados da propriedade plena do bem, uma vez, que um estranho recebeu direito real sobre o imóvel que lhes pertence. É evidente que tal situação, por absurda, deve ser rejeitada, mantendo-se a exigência de que o cônjuge supérstite mantenha-se no estado de viúvo,

criticável a nova disposição legal, em face do caráter assistencial do instituto. É inconveniente que o imóvel permaneça gravado, onerando o herdeiro em benefício do cônjuge que já se casou de novo e que, provavelmente, não necessita mais do benefício⁴⁰². Ademais, como nota Aldemiro Rezende DANTAS JÚNIOR, pode-se entender o direito real de habitação como integrante de uma obrigação alimentar, que, por força do art. 1.708, extinguir-se-ia com o novo casamento do credor⁴⁰³.

Obviamente, como bem ressalta Aldemiro Rezende DANTAS JÚNIOR, só haverá direito real de habitação se houver ascendentes ou descendentes, pois, inexistindo tais herdeiros, o cônjuge sobrevivente recolherá toda a herança, ou seja, será o proprietário, além dos outros bens que a compõem, do imóvel que servia de residência para o casal, e é evidente que não se pode falar em direito real de habitação sobre coisa própria, eis que tal direito, por definição, incide sobre coisa alheia⁴⁰⁴. Ademais, não importa quem seja o herdeiro do bem em questão. Ainda que o *de cuius* tenha testado a respeito desse bem, deixando-o em legado a um terceiro⁴⁰⁵, poderá o cônjuge exercer seu direito contra o legatário, que ficará, assim, privado do uso do imóvel até que se extinga o direito real do cônjuge. Da mesma sorte, não pode o testador excluir diretamente o cônjuge do direito real de habitação, embora possa este renunciar a tal direito⁴⁰⁶.

Pode surgir dúvida se seria cabível a deserdação para este fim. Duas questões se pode colocar a este propósito: 1) o cabimento ou não da deserdação quanto ao direito real de habitação, ou seja, se poderia ou não o cônjuge ser afastado do direito real de habitação pela deserdação; 2) o cabimento da deserdação exclusivamente para este fim, permanecendo o cônjuge herdeiro, ou, ao contrário, ser o cônjuge deserdado apenas para excluí-lo da herança, deixando-lhe intacto o direito real de habitação. Quanto à primeira

para que seja mantido seu direito real de habitação”. Obviamente, a situação mencionada não ocorrerá se tão-somente se afirmar que o direito real de habitação é intransmissível.

⁴⁰² Neste sentido, afirma VELOSO, Zeno (Direito sucessório... *cit.*, p. 277) que “não parece justo que ainda continue exercendo o direito real de habitação sobre o imóvel em que residia com o falecido, se veio fundar nova família, mormente se o dito bem era o único daquela natureza existente no espólio. O interesse dos parentes do *de cuius* deve, também, ser observado. Enfim, o art. 1.831 do CC precisa ser modificado para prever que o direito personalíssimo do cônjuge sobrevivente, neste caso, é resolúvel, extinguindo-se, se a viúva ou o viúvo voltar a casar ou constituir união estável”.

⁴⁰³ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 578.

⁴⁰⁴ Cf. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 574.

⁴⁰⁵ Observe-se que só caberá tal legado se o bem se encaixar dentro da parte disponível, tendo em vista que, havendo herdeiro necessário, não pode o testador deixar além da metade dos seus bens.

⁴⁰⁶ No mesmo sentido: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 574.

hipótese, parece-nos claro ser cabível a deserdação para excluir o direito real de habitação do cônjuge, nos mesmos termos em que o cônjuge pode ser excluído da sucessão. Já no tocante à segunda hipótese, parece-nos incabível dissociar a exclusão da herança e a exclusão do direito real de habitação. Segundo nos parece, excluído o cônjuge da herança pela deserdação, estará também excluído do direito real de habitação, e vice-versa. Seria conveniente que a lei deixasse claras tais situações.

Há entendimento doutrinário no sentido de que a existência de vários imóveis não deveria ser motivo para impedir ao cônjuge o direito real de habitação, se nenhum deles ficasse em direito sucessório para o cônjuge. Segundo alguns autores, a existência de outros imóveis residenciais não afasta o direito real de habitação, mas apenas o direito real de habitação sobre o bem que servia de moradia à família do falecido. Nesse caso, o imóvel ofertado em substituição não poderia ser de conforto inferior, devendo-se garantir ao cônjuge sobrevivente a mesma situação que desfrutava em sua residência anterior⁴⁰⁷. Mas, com a devida vênia, não vemos como acolher tal entendimento. Além de a própria letra da lei afastá-lo, deve-se ter em mente que, tendo o cônjuge falecido mais de

⁴⁰⁷ Neste sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 220. Com diferentes argumentos, chega DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende *Op. cit.*, p. 575-576) a semelhante conclusão: “Quanto ao segundo requisito, no entanto, o que ocorrerá se no patrimônio a ser inventariado existirem outros imóveis de interesse residencial? A interpretação gramatical parece indicar que, neste caso, o direito real de habitação simplesmente não se constituirá, e nesse sentido a opinião do sempre festejado Orlando Gomes. Não pensamos, contudo, que seja essa a melhor solução. Com efeito pensamos, que o ponto de partida para a análise do problema é a finalidade da norma legal, ou seja, a garantia, ao cônjuge sobrevivente, de um lugar para morar, após a morte do outro. Assim, não nos parece lógico que, havendo um único imóvel que possa servir de moradia, possa ser atendida essa finalidade, e havendo dois ou mais imóveis residenciais, exatamente quando deveria ser mais fácil atendê-la, o cônjuge sobrevivente fique desprovido dessa garantia de um teto. E veja-se que nem sempre o cônjuge sobrevivente será herdeiro ou meeiro, pois é possível, por exemplo, que existam descendentes e o casamento tenha sido realizado pelo regime da separação obrigatória, situação na qual, como já vimos, estará excluída a sucessão pelo cônjuge sobrevivente. Assim, entendemos que a solução deva ser buscada em outras normas legais que tenham essa mesma finalidade, ou seja, assegurar um imóvel para a moradia, e a norma legal que trata de tema semelhante, embora em situação completamente distinta, é a que se refere ao bem de família, preferencialmente o disposto na Lei 8.009/90, que garante a preservação da moradia (pelo estabelecimento da impenhorabilidade) independentemente da vontade do proprietário. E nem se diga que a Lei 8.009/90 preserva a propriedade do devedor, enquanto o artigo 1.831 apenas garante o direito de habitação ao cônjuge, o que faz com que as situações sejam completamente distintas. É verdade que o são, mas também é verdadeiro que em ambos os casos a finalidade precípua é a mesma, ou seja, a garantia de um teto, que de outro modo poderia ser perdido. Dessa forma, diante do silêncio do art. 1.831 do Código Civil, pensamos que se possa aplicar, por analogia, o disposto no artigo 5º., da Lei 8.009/90, que considera como residência, para o fim de assegurar a entidade familiar, para a sua moradia permanente, mas que também prevê no parágrafo único, que se a família possuir vários imóveis residenciais, essa impenhorabilidade deverá recair sobre o de menor valor. Dessa forma, *mutatis mutandis*, no caso do falecido ter deixado, em sua herança, dois ou mais imóveis residenciais, ainda assim deverá ser assegurado ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação, que na hipótese deverá incidir sobre o imóvel residencial de menor valor, solução que mais nos parece adequada do que simplesmente deixar de reconhecer o direito à moradia”.

um imóvel⁴⁰⁸, é bem provável que o sobrevivente recolha pelo menos um deles, seja a título de meação, seja a título sucessório. É provável que isto somente não ocorra no regime de separação legal de bens, mas aí esse afastamento foi querido pelo legislador, não se podendo interpretar a lei contra o seu texto expresso e também contra o seu espírito.

Deve, contudo, ser acolhida a interpretação que José LASALA dá ao art. 3.573bis do Código Civil argentino, no sentido de que, mesmo havendo mais de um imóvel, o requisito de ter deixado imóvel único deve ser atendido se, *v.g.*, deixando o *de cujus* dois imóveis, um deles foi alienado para pagamento de dívidas⁴⁰⁹. Convém, até, que tal entendimento fique expresso na nossa lei, para evitar dúvidas.

Outra questão discutida pela doutrina refere-se à qualificação jurídica do direito de habitação: trata-se de herança ou legado? Ou de um direito próprio, que não se caracteriza nem como herança e nem como legado? De herança, a toda evidência, não se trata, uma vez que esse direito de habitação não existia no patrimônio do *de cujus*, e por isso não poderia ser transferido ao cônjuge. Para Orlando GOMES, trata-se de um legado legítimo, ou seja, o cônjuge sobrevivente, ao receber o direito real de habitação, não se torna herdeiro, mas legatário legítimo, “com as seqüelas próprias de semelhante condição”⁴¹⁰. Como apontava Ney de Mello ALMADA, em relação ao usufruto previsto no art. 1.611, § 1º, do Código de 1916, se fosse admitido que se tratava de herança, o cônjuge sobrevivente, na qualidade de herdeiro, entraria imediatamente na posse do patrimônio sobre o qual incidiria o usufruto, tendo em vista o princípio da *saisine*. Mas, se fosse considerado legatário, o cônjuge não poderia entrar na posse imediatamente, na abertura da sucessão, e nem poderia fazê-lo por autoridade própria, dependendo da entrega a ser feita pelos herdeiros, como ocorre com o legado em geral (art. 1.923, § 1º, do novo Código)⁴¹¹. Em relação ao direito real de habitação, no entanto, o requisito para que o mesmo seja reconhecido, como já vimos acima, é que o imóvel estivesse servindo de residência para a família. Logo, a questão de não poder o legatário entrar na posse por sua própria

⁴⁰⁸ Anota, a propósito, DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 575) que, se o imóvel não está sendo usado para a moradia da família, o direito real não se constituirá, uma vez que a finalidade da norma legal é assegurar ao cônjuge o direito de preservar sua moradia, o que se mostrará desnecessário se outro imóvel era o que servia a tal fim.

⁴⁰⁹ Vide, a propósito, item 7.7, *infra*, especialmente nas notas 762 e 765, onde estão transcritos o entendimento do autor e o dispositivo citados.

⁴¹⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões...** *cit.*, p. 66.

⁴¹¹ ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. São Paulo: Brasiliense, 1991, v. 1, p. 320.

autoridade não se coloca, uma vez que o cônjuge sobrevivente, pela própria existência legal, necessariamente já se encontrará na posse do imóvel, pois nele já estava residindo. E é de todo evidente que não terá que entregá-lo aos herdeiros, para só depois deles receber a posse, pois a moradia não se coaduna com tal solução de continuidade⁴¹².

5.6. Restrição

O novo Código acresce também uma restrição para o cônjuge no art. 1.830⁴¹³: seu direito sucessório se encerra não apenas com a dissolução da sociedade conjugal, como no Código anterior (art. 1.611, *caput*), mas também com a separação de fato por mais de dois anos⁴¹⁴. Trata-se, em nosso modo de ver, de inovação inadequada, tendo em vista que a separação de fato não extingue a sociedade conjugal, não devendo ser causa de extinção dos direitos conjugais⁴¹⁵. A capacidade é a regra e, por isso, só deveria

⁴¹² Cf. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 576-577.

⁴¹³ Como já referido, este dispositivo constava do art. 2.022 do Projeto. Além de se ter alterado sua posição, o prazo de separação de fato, no Projeto, era de cinco anos, tendo sido reduzido para dois anos no texto final aprovado.

⁴¹⁴ Crítica MADALENO, Rolf (O novo direito sucessório brasileiro. *In: Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, jan./2002, v. 291, p. 42) a disposição, entendendo ser retrocesso tentar demonstrar que o sobrevivente não foi culpado pela separação de fato: “Importa o fato da separação e não a sua causa, pois a autoria culposa não refaz os vínculos e nem restaura a coabitação, mote exclusivo da hígida comunicação de bens”. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Euclides Benedito de (*Op. cit.*, p. 128) critica a introdução da possibilidade de discussão de culpa no âmbito do processo de inventário, para apuração das causas da separação de fato, entendendo dever-se remeter as partes às vias ordinárias, por cuidar de questão de alta indagação, pendente de dilação probatória. Já NICOLAU, Gustavo (*Op. cit.*, p. 3) afirma ser difícil a prova de que a convivência tornara-se impossível sem sua culpa porque “para provar que a separação de fato decorreu da culpa do *de cuius* o Juiz deverá ouvi-lo o que é infactível”. Também é contra o dispositivo DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 545).

⁴¹⁵ Em sentido contrário, critica OLIVEIRA, Euclides Benedito de (*Op. cit.*, p. 128) o “excessivo” prazo de dois anos de separação de fato exigido pela lei, comparando com o prazo de um ano suficiente para a separação judicial sem culpa (art. 1.772, § 1º). Também SANTOS, Luiz Felipe Brasil (*A sucessão dos cônjuges... cit.*): “Como já vinha sendo decidido por expressiva jurisprudência, não se justifica a preservação do direito sucessório do cônjuge quando o casal se encontra separado de fato, independentemente do prazo da separação. Porém, pior ainda é manter o direito sucessório por prazo maior do que dois anos de separação fática, vinculando-se à inexistência de culpa do sobrevivente. Tem-se aqui notável retrocesso legislativo, na medida em que o novo Código traz o questionamento da culpa pela separação para dentro do âmbito do inventário, quando doutrina e jurisprudência mais abalizadas já vinham sustentando a conveniência de afastar o princípio da culpa até mesmo na separação judicial. Ademais, na medida em que se estabeleça controvérsia acerca de configuração ou não da culpa, ter-se-á caracterizada uma questão de alta indagação, o que obrigará que o tema seja afastado do inventário,

ser excluída com a demonstração de fatos trazidos por terceiros interessados⁴¹⁶. Ademais, o próprio conceito de separação de fato não é tão claro na lei, podendo ensejar matéria de prova intrincada, especialmente no tocante ao prazo exigido. É sabida a dificuldade de se estabelecer concretamente o termo *a quo* da separação de fato. E ainda, a lei não foi uniforme em estabelecer prazo para a separação de fato, tratando desigualmente esta questão em vários pontos, como, *v.g.*, no art. 1.801, que exige cinco anos de separação de fato, e, por outro lado, no art. 1.723, § 1º, que não exige qualquer prazo. Por tudo isto parece-nos má a inovação da lei. Mas pode o cônjuge provar que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente⁴¹⁷, garantindo assim seu direito sucessório. Como bem nota Giselda HIRONAKA, “este pressuposto de não-culpa não quer significar, todavia, que o morto tenha sido, obrigatoriamente, o culpado exclusivo pela ruptura da vida em comum, nem mesmo que tenha havido culpa”⁴¹⁸. Ou seja, não tem o cônjuge sobrevivente necessidade de provar culpa do falecido pela separação de fato, mas apenas provar que não foi ele (o sobrevivente) o culpado⁴¹⁹.

No tocante à separação judicial, convém estudar quando se iniciam os seus efeitos. Em princípio, com o trânsito em julgado da sentença que a decreta é que a separação judicial deveria produzir eficácia. Mas o art. 1.580 do novo Código utiliza a decisão em separação de corpos como termo inicial da contagem do prazo de conversão da separação em divórcio, o que poderia ensejar o entendimento no sentido de que, com a separação de corpos, já haveria restrição ao direito sucessório entre os cônjuges. O art. 8º. da Lei do Divórcio estabelece que “a sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que tiver concedido a separação

remetendo-se o debate para as vias ordinárias (art. 984, CPC). Fácil antever as conseqüências processuais daí decorrentes”.

⁴¹⁶ No mesmo sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 216.

⁴¹⁷ Observe-se que é dele o ônus da prova da ausência de culpa.

⁴¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Da ordem... cit.*, p. 5.

⁴¹⁹ Acresce ainda HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (*Da ordem... cit.*, p. 5): “Da leitura deste artigo, quatro hipóteses apresentam-se como possíveis: (i) o falecido foi o culpado pela separação de fato; (ii) o sobrevivente foi o culpado pela separação de fato; (iii) ambos foram culpados pela separação de fato; (iv) não houve culpa de quem quer que seja pela separação de fato. Ora, a interpretação do art. 1.830 CCB/2002 só pode significar que se a culpa por tal impossibilidade foi exclusiva do morto (i), ou se não houve culpa de ninguém (iv), tendo havido, neste caso, mero acordo (tácito ou expresso) no sentido de uma separação fática, sem imputação de culpa por parte de quem quer que seja, o cônjuge sobrevivente, mesmo que separado de fato, irá participar da sucessão, concorrendo nas duas primeiras ordens de vocação hereditária, ou amealhando a totalidade do acervo, se a vocação chegar até a terceira ordem sucessória. Será, todavia, afastado da sucessão caso se demonstre comprovado que a culpa pela separação foi exclusivamente dele, o cônjuge sobrevivente, ou mesmo quando se concluir que tenha havido culpa concorrente, imputável a ambos os membros do casal separado faticamente há mais de dois anos”.

cautelar”. Tal dispositivo, que não foi repetido no novo Código, pode, não obstante, entender-se como estando em vigor, por força do art. 2.043, tendo em vista tratar-se de disposição de caráter processual. Contudo, com José Luiz Gavião de ALMEIDA entendemos que este dispositivo não se aplica ao direito sucessório; “não se pode, sem que a lei expressamente o diga, pretender que a perda da capacidade sucessória venha a acontecer antes que a sentença transite em julgado”⁴²⁰.

Pendente recurso da sentença de separação judicial ou de divórcio direto, falecendo um dos separandos ou divorciandos, haverá direito sucessório para o sobrevivente, que é tido como viúvo. Contudo, tratando-se de processo de separação judicial ou de divórcio consensuais, ratificado em Juízo o acordo, tendo em vista entender-se que a sentença retroage à data da manifestação da vontade em Juízo, tal direito não subsiste⁴²¹.

Pode, ainda, haver restabelecimento da situação de cônjuge pela reconciliação (art. 1.577). Para tanto, é mister que os cônjuges a requeiram em juízo, só se restabelecendo o direito sucessório se o cônjuge falece após a homologação judicial. Embora haja quem entenda que o simples pedido judicial já é suficiente, pois não é dado ao Juiz indeferi-lo⁴²², tal entendimento não deve ser acolhido, eis que a sentença do Juiz não é apenas homologatória, mas também constitui os cônjuges em novo estado civil, sendo imprescindível para que os cônjuges retornem ao estado de casados⁴²³. Teremos, no caso, no máximo, uma união estável, que também pode gerar direitos sucessórios, mas em condições um pouco diversas, estudadas no próximo Capítulo.

Para haver direito sucessório em favor do cônjuge, não pode também o casamento ser nulo ou anulável. Ainda que a declaração de nulidade ou a anulação ocorram depois da morte, perderá o cônjuge sua vocação hereditária, em face do efeito retroativo da anulação. Por outro lado, mesmo tendo o casamento sido anulado, terá o cônjuge direito sucessório se casou de boa-fé⁴²⁴. Importa, contudo, que a anulação do

⁴²⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 214.

⁴²¹ No mesmo sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 215.

⁴²² Neste sentido: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 543. O autor (*Op. cit.*, p. 544) chega a admitir a mera reconciliação de fato para o fim em questão, o que nos parece ainda mais inadmissível.

⁴²³ Para maiores esclarecimentos a respeito da necessidade de sentença, vide CARVALHO NETO, Inacio de. *Op. cit.*, item 8.4, p. 276-279.

⁴²⁴ Para um conceito de boa-fé tendo em vista a putatividade do casamento, vide CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, item 7.4.2, p. 375-376. Procura-se, na citada obra, desmistificar o conceito, corrente na doutrina, de boa-fé como ausência de

casamento tenha se dado após a abertura da sucessão, já que a putatividade tem como efeito a concessão de efeitos ao casamento anulado, até a anulação. Ou seja, o cônjuge que casou de boa-fé beneficia-se dos efeitos do casamento (inclusive sucessórios) até que ele seja anulado, jamais além disto. Em caso de bigamia – contrariamente ao que dispõe o art. 584, 2ª. alínea, do Código Civil italiano⁴²⁵ –, a maioria da doutrina brasileira opina que a herança será dividida, em partes iguais, entre o cônjuge legítimo e o cônjuge putativo⁴²⁶.

Não há em nosso direito, contudo, a restrição ao direito sucessório do cônjuge em caso de casamento *in extremis*, como prevêm os direitos argentino e paraguaio⁴²⁷. Faz-se mister, contudo, que a lei preveja tal hipótese, retirando o direito sucessório do cônjuge sobrevivente quando o *de cujus* faleça da doença que autorizou o casamento sob a forma especial em menos de trinta dias, de modo a evitar que a expectativa de receber a herança seja o único ou o principal motivo do casamento.

5.7. Herança Necessária

Cabe referir uma outra alteração importante no tocante à sucessão do cônjuge: atendendo a reclamos da doutrina⁴²⁸, passa ele a ser considerado herdeiro necessário (art. 1.845⁴²⁹), independentemente do regime de bens⁴³⁰. Isto significa dizer que

conhecimento da causa de anulação, tendo em vista que esse conceito não se encaixa ao caso do coacto. Está, portanto, de boa-fé o cônjuge que não tem culpa na causa de anulação, ainda que dela tenha conhecimento.

⁴²⁵ Este dispositivo está transcrito na nota de rodapé nº. 636, *infra*.

⁴²⁶ Neste sentido, entre outros, VELOSO, Zeno. *Direito sucessório... cit.*, p. 275; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 8, p. 24-25; PEREIRA, Vírgilio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 353; CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 136; SILVEIRA, Alípio. **O casamento putativo no direito brasileiro**. São Paulo: Universitária de Direito, 1972, p. 158-161.

⁴²⁷ Vide, a propósito, itens 7.7 e 7.8, *infra*.

⁴²⁸ Neste sentido: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Concorrência... cit.*, p. 424.

⁴²⁹ Este dispositivo constava literalmente do art. 2.036 do Projeto.

⁴³⁰ Anota SANTOS, Luiz Felipe Brasil (*A sucessão dos cônjuges... cit.*) que, mesmo no regime da separação de bens (convencional ou obrigatória), terá o cônjuge assegurada a legítima, o que tem levado alguns a afirmar que o novo Código favorece o “golpe do baú”.

o cônjuge não pode mais ser afastado da sucessão por mero capricho do *de cuius*, simplesmente testando em favor de terceiro. Somente por meio da deserdação poderá o testador afastar seu cônjuge da sucessão⁴³¹. Ensina Giselda HIRONAKA que esta regra é mero corolário da inclusão do cônjuge em todas as classes preferenciais, em concorrência com descendentes e ascendentes. Afirma a autora que “seria ilógico fazer do sobrevivente herdeiro preferencial, concorrente dos necessários, e, ao mesmo tempo, negar-lhe tal condição”⁴³². Já Aldemiro Rezende DANTAS JÚNIOR alinha outro argumento: seria conseqüência da alteração do regime legal de bens pela Lei do Divórcio para o de comunhão parcial, como forma de compensação do cônjuge pela perda da comunhão universal⁴³³. Anote-se que o Projeto do atual Código Civil, que já previa a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, embora anterior à Lei do Divórcio, também já previa, ele próprio, a alteração do regime legal de bens.

Mas aqui também reside o maior defeito do novo Código nesse campo: embora o cônjuge passe a ser herdeiro necessário, não cuida o novo diploma da sua deserdação⁴³⁴. Com efeito, embora o art. 1.961 preveja a deserdação dos herdeiros necessários (aí incluído o cônjuge) e os dois artigos seguintes tratem, respectivamente, das causas de deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes por seus descendentes, não há no novo Código dispositivo que preveja as causas de deserdação do cônjuge⁴³⁵.

Não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges⁴³⁶.

⁴³¹ Convém citar que o cônjuge (assim como qualquer herdeiro) também poderá ser afastado da sucessão se cometer qualquer dos atos de indignidade previstos no art. 1.814 do novo Código Civil. Tal afastamento, contudo, não se dará por ato do testador.

⁴³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários... cit.**, p. 218-219.

⁴³³ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 542.

⁴³⁴ O Projeto também já era omissivo a respeito.

⁴³⁵ Bem por isso o Projeto de Lei nº. 6.960/02, do Deputado Ricardo Fiúza, pretende acrescentar o art. 1.963-A, com a seguinte redação: “Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge: I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar; II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns; III – desamparado (*sic*) do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade”.

⁴³⁶ Vide, a propósito, CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito das sucessões**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, v. 7, comentários ao art. 1.961, p. 178-179.

Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserddado.

Poder-se-ia, no entanto, discutir a conveniência de a lei regular a deserdação do cônjuge: não podemos esquecer, em primeiro lugar, que a separação judicial é a forma mais eficaz de deserdação, pois, se o cônjuge ofendido se separa do ofensor, este estará *tout court* afastado da sucessão, enquanto que a deserdação só vai operar o almejado efeito de afastar o cônjuge da sucessão se um dos interessados na sucessão promover a ação de exclusão prevista no art. 1.965⁴³⁷. Por outro lado, poderia o cônjuge ofendido, validamente, deserddar o ofensor e, não obstante, continuar com ele casado? Parece-nos que o fato de permanecer o cônjuge ofendido casado com o ofensor implica perdão tácito da ofensa, pelo que nenhum efeito operaria a deserdação. Há apenas uma situação em que nos parece útil a deserdação do cônjuge: se o ofendido propõe a ação de separação judicial, mas falece antes de ser esta julgada, falecimento este que acarretaria a extinção da ação, por se tratar de ação personalíssima (art. 267, inciso IX, do Código de Processo Civil)⁴³⁸. Neste caso, não havendo ainda dissolução da sociedade conjugal por ocasião da morte do cônjuge ofendido, não ficaria o ofensor excluído da sucessão, pelo que seria útil a deserdação nessa hipótese.

A quota legitimária dos herdeiros necessários, no Brasil, é sempre de cinquenta por cento, não importando o número de herdeiros necessários ou o grau de proximidade deles com o *de cuius*. Em outros países, essa quota é variável, levando em conta esses dois fatores, o que seria conveniente se adotar no Brasil, especialmente agora em que o cônjuge passou a concorrer com os descendentes, diminuindo a porção hereditária destes.

Lembra Maria Helena Marques Braceiro DANELUZZI que se omitiu o novo Código em regular a necessidade de colação de bens doados ao cônjuge⁴³⁹. Com efeito, o art. 2.002 continua obrigando à colação apenas os descendentes, sendo que o

⁴³⁷ “Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Parágrafo único - O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento”.

⁴³⁸ Vide, a propósito, CARVALHO NETO, Inacio de. **Separação...** *cit.*, item 5.9.7, p. 220-222.

⁴³⁹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Op. cit.*, p. 9.

artigo seguinte diz que a colação tem por fim igualar “as legítimas”⁴⁴⁰ dos descendentes e do cônjuge sobrevivente. E o art. 544 também deixa claro que a doação de ascendentes a descendentes, ou “de um cônjuge a outro”, importa adiantamento da legítima. Mas a inovação da lei nos parece má: não é o fato de o cônjuge ter sido erigido à condição de herdeiro necessário que faz com que seja obrigatória a colação, assim como não é (e nunca foi) o ascendente obrigado a colacionar, posto que seja (e já era) herdeiro necessário. Conveniente seria, pois, alterar os arts. 544 e 2.003 para retirar a referência ao cônjuge, não o art. 2.002 para incluir a necessidade do cônjuge colacionar.

5.8. Administração e Inventariança

Já referimos⁴⁴¹ que o cônjuge, no Código de 1916, era de direito o inventariante, direito este que a mulher perdia se estivesse separada de fato do marido ao tempo de sua morte. Também citamos⁴⁴² o entendimento jurisprudencial, acolhido pelo Estatuto da Mulher Casada, que mitigou o rigor dessa regra, e a regra do art. 990 do Código de Processo Civil, que deixou de acolher expressamente este entendimento.

O novo Código não fala mais em nomeação de inventariante. É matéria que realmente não cabia dentro de um Código Civil, mas devia permanecer regulada pelas leis de processo. No entanto, regula ele, no art. 1.797⁴⁴³, a quem cabe a administração da herança até o compromisso do inventariante⁴⁴⁴, colocando em primeiro lugar o cônjuge ou

⁴⁴⁰ Não se trata propriamente de igualar “as legítimas”, como diz a lei, até porque “a legítima” é uma só em cada sucessão, dividida por todos os herdeiros necessários. Criticável assim, *data venia*, expressões encontradas na doutrina como “herdeiros... tendo direito às suas legítimas...” (DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.164). A legítima, parte da herança que o testador não pode dispor, é uma em cada sucessão; não se confunde com as quotas dos herdeiros. Trata-se, sim, de igualar os quinhões de cada herdeiro, compensando o que foi em vida adiantado pelo falecido.

⁴⁴¹ Item 3.1, supra.

⁴⁴² Itens 3.1 e 3.3, supra.

⁴⁴³ No Projeto, este dispositivo constava do art. 1.985, cujo *caput* acrescia a expressão “na forma da lei processual civil”, após o termo “inventariante”, expressão que foi suprimida do texto aprovado. Também se acresceu, no inciso I, a referência ao companheiro.

⁴⁴⁴ O art. 985 do Código de Processo Civil já dizia que o administrador provisório continuaria na posse do espólio até que o inventariante prestasse compromisso, mas não dizia quem seria o administrador provisório, o que foi feito agora pelo novo Código.

companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão. Mais uma vez não se repetiu a ressalva abrandadora introduzida pelo Estatuto da Mulher Casada, embora se tenha usado, para outro fim, de fórmula semelhante no art. 1.830⁴⁴⁵. Pode-se, contudo, vislumbrar que a jurisprudência continuará a entender que o cônjuge só perderá o direito à administração provisória dos bens se for culpado pela separação de fato⁴⁴⁶.

5.9. Conclusões Sobre o Direito Sucessório do Cônjuge no Direito Brasileiro

Atual

Embora visível o avanço do novo Código Civil na matéria de sucessão do cônjuge, elevando o usufruto viual à condição de direito hereditário e elevando o cônjuge à condição de herdeiro necessário⁴⁴⁷, não se pode louvar de todo o legislador nessa matéria. A uma, porque as disposições que tratam do tema ficaram relativamente confusas, gerando desnecessárias polêmicas na doutrina. A duas, porque o novo Código foi omissivo em alguns pontos, esquecendo-se de inovações por ele mesmo operadas, como a deserdação do cônjuge (matéria que se tornou necessário regular depois de considerar o cônjuge herdeiro necessário) ou o regime de participação final nos aqüestos, que foi esquecido no art. 1.829, inciso I.

⁴⁴⁵ “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

⁴⁴⁶ Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Civil e processual. Inventário. Nomeação. Viúva meeira separada de fato do *de cuius*. Ausência de coabitação à época. Situação, excepcional, todavia, sob o aspecto fático. Concordância de quase todos os herdeiros, inclusive da atual companheira do extinto. CPC, art. 990, I. Exegese. Súmula nº. 7-STJ. I. A regra do art. 990, I, do CPC, que atribui à viúva meeira a inventariança dos bens deixados pelo *de cuius*, tendo como pressuposto a convivência ao tempo do óbito, pode ser temperada se o Tribunal estadual, no exame da prova, conclui que a sua indicação atende aos interesses da grande maioria dos herdeiros e sucessores, porquanto, à exceção de uma única filha, todos os demais e até a ex-companheira do extinto concordam que seja àquela atribuído o encargo. II – ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ – Súmula nº. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido” (STJ - 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 357.577-RJ – Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior – julgado em 03/ago./2004 – In: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25/jan./2005).

⁴⁴⁷ Neste sentido, LEITE, Eduardo de Oliveira (A nova... *cit.*, p. 446) afirma que “o novo sistema codificado traz mudanças nas regras sobre a partilha de bens que tendem a garantir mais segurança aos cônjuges sobreviventes. A nova lei, valorizando as situações jurídicas existenciais, beneficia aqueles que ajudaram a

Urge, portanto, fazer alterações que corrijam esses defeitos, simplificando o sistema de direito sucessório do cônjuge, sem deixar de lado os avanços que já se consagrou. É necessário, em primeiro lugar, excluir qualquer referência, em matéria sucessória, a regime de bens. Não se pode confundir sucessão com meação. O direito sucessório não pode estar condicionado ao regime de bens, que só deve influir no direito do cônjuge à meação. Também se faz mister alterar a redação do art. 1.832, para que se deixe clara a necessidade de o cônjuge ser ascendente de todos os herdeiros com que concorrer para ter direito à reserva de um quarto da herança. Convém, ainda, excluir do art. 1.830 do Código Civil a referência à separação de fato como impeditivo de direito sucessório ao cônjuge, já que a mera separação de fato não pode gerar tão drástico efeito jurídico. Cumpre, ademais, aumentar a quota legitimária nos casos em que há mais de dois descendentes, diminuindo assim a liberdade do testador para melhor proteger os interesses dos herdeiros necessários. E também se faz mister regular a deserção do cônjuge, inclusive para efeitos de direito real de habitação, corrigindo a omissão do legislador. Nesta mesma linha, faz-se mister, ainda, retirar a referência a cônjuges quanto à colação nos arts. 544 e 2.003. Ainda se faz necessário inserir em nossa legislação disposição que exclua da herança o cônjuge quando o casamento tiver sido *in extremis* e o *de cujus* faleceu nos trinta dias seguintes a ele. Convém incluir no art. 1.831 um parágrafo esclarecendo que o requisito do único imóvel não se desfaz se, pagas as dívidas, resta apenas um imóvel na herança. Por fim, convém incluir, no art. 1.797 (e também no art. 990, inciso I, do Código de Processo Civil), a ressalva que o Estatuto da Mulher Casada havia incluído no art. 1.579, § 1º., do Código Civil de 1916 referente à culpa pela separação de fato.

construir um patrimônio (o marido, ou a mulher) e que, pela sistemática do antigo Código, acabavam sendo prejudicados na divisão dos bens”.

6. A EVOLUÇÃO NO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO NO BRASIL

6.1. Evolução Jurisprudencial

O nosso direito sempre proscreveu as relações extraconjugais. Desde os primórdios, pela influência portuguesa (que, por sua vez, sempre sofreu forte influência da Igreja Católica Romana⁴⁴⁸), sempre se considerou a união fora do casamento como sendo imoral. O Código Civil de 1916 não tratou do concubinato. As mínimas referências que fez a ele foram para proscrevê-lo⁴⁴⁹. Cuidou, é verdade, da posse do estado de casados (art. 203 do Código de 1916; art. 1.545 do novo Código Civil), que é meio indireto de provar o casamento pela simples convivência, o que não deixa de guardar alguma similitude com o concubinato. Mas, na posse do estado de casados, parte-se do princípio de que houve casamento, que apenas não pode ser provado de forma direta (pela certidão extraída do assento de casamento ou por qualquer outra espécie de prova, nos termos do art. 202 do velho Código e do art. 1.543 do novo Código). Daí poder-se afirmar que a posse de estado não tem, na verdade, uma ligação próxima com o concubinato.

Em princípio, os tribunais não reconheciam qualquer direito à concubina quando da dissolução da sociedade conjugal, baseados na idéia de que o concubinato era uma ligação imoral e que de atos imorais não podem decorrer vantagens protegidas pelo direito⁴⁵⁰. Aos poucos foi-se tirando essa pecha de ligação imoral ao concubinato⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Anota, a propósito, VALLADÃO, Haroldo (*Op. cit.*, p. 44) que “em Portugal, o Direito Canônico teve tamanha autoridade que chegou a predominar sobre as próprias leis do reino, com D. Afonso II, e D. Diniz quando fundou a primeira universidade portuguesa, de Lisboa, determinou o seu estudo conjunto com o romano (Ribas e Mello Freire); só cessou este prestígio com a Lei da Boa Razão (1769)”.

⁴⁴⁹ À exceção do art. 363, que falava do concubinato como causa para a investigação da paternidade.

⁴⁵⁰ Neste sentido: “A concubina não tem direito à indenização por serviços de caseira, porque são próprios de concubinato e, pois, irremuneráveis, **por ilícitos**. ...” (grifo nosso) (TJMG – 1ª. Câmara Cível – Apelação

Passou-se a entender que a união de duas pessoas desquitadas não seria adúlterina, porque o desquite punha fim ao dever de fidelidade previsto no art. 231, inciso I, do então Código Civil. A Súmula nº. 35 do Supremo Tribunal Federal regulou o direito da concubina de indenização por acidente de trabalho ou de transporte que não tivesse impedimento para o matrimônio⁴⁵².

Surgiram, posteriormente, duas soluções para atender ao interesse da concubina, ambas baseadas na impossibilidade do enriquecimento sem causa do varão: a primeira foi a de atribuir-se a ela o direito a salário pelos serviços domésticos que prestou⁴⁵³. Embora abandonada há muitos anos, o Superior Tribunal de Justiça aplicou esta tese recentemente⁴⁵⁴. A segunda foi a de dar-lhe participação no patrimônio haurido pelo esforço comum, entendendo-se ter havido uma sociedade de fato entre os concubinários⁴⁵⁵. Aplicava-se a primeira solução se a concubina não exercesse atividade remunerada, e a segunda se exercesse, provando, assim, sua contribuição para a formação do patrimônio comum⁴⁵⁶. Posteriormente, passou-se a aplicar tão-somente a segunda solução,

Cível nº. 5.582 – Relator: Desembargador Eduardo de Menezes Filho – julgado em 20/set./1949 – RT 188/409).

⁴⁵¹ RODRIGUES, Silvio (**O divórcio...** *cit.*, p. 9) dá uma exata idéia desta evolução: “A geração a que pertencemos apreciou a evolução dos costumes nesse ponto. Enquanto em minha mocidade os casos de **casamento** de desquitados eram menos freqüentes e suscitavam algum reparo, multiplicando-se as hipóteses de casamento no estrangeiro para dourar as aparências, em minha idade madura o quadro é inteiramente diverso. Os casos de ligações entre desquitados, com todos os requisitos externos de um verdadeiro casamento, desde a pequena classe média até os escalões mais ricos da sociedade, são inumeráveis”.

⁴⁵² “Súmula 35 – Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

⁴⁵³ Neste sentido: “Embora a mancebia constitua união ilegítima, nada impede reclame qualquer deles, do outro, a retribuição por serviços estranhos à relação concubinária” (TJSP – Seção Cível – Recurso de Revista nº. 65.581 – Relator: Desembargador Paulo Barbosa – RT 260/427).

⁴⁵⁴ Segundo o Ministro Barros Monteiro, “não havendo patrimônio a compartilhar, tem o concubino o direito de pleitear indenização pelos serviços prestados ao outro”. Para o relator, a compensação dada pelo ex-companheiro durante o período de vida em comum “não passa de simples conjectura ou presunção”. Dessa forma, o relator acolheu, em parte, o recurso da mulher e fixou a indenização em R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), a serem pagos em 30 parcelas mensais (STJ - 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 274.263-RJ – Relator: Ministro Barros Monteiro – julgado em 21/ago./2003 – DJ 13/out./2003, p. 366 – *In: <<http://www.academus.pro.br>>*. Acesso em: 03/out./2003).

⁴⁵⁵ Neste sentido: “Se os bens foram adquiridos na constância do concubinato, com o esforço comum, deve a concubina receber a metade, como decorrência de uma sociedade de fato, que realmente existiu; no caso, todavia de não ter a companheira senão zelado pela casa, os serviços devem ser pagos” (TJSP – 3ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 61.135 – Relator: Desembargador Edgard de Moura Bittencourt – julgado em 22/jan./1953 – RT 210/217).

⁴⁵⁶ Neste sentido a lição de FERREIRA, Pinto (**Inventário, partilha e ações de herança**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 176): “Mas esta participação do patrimônio comum produzido pelas concubinas não gera direito à inventariança, cabendo-lhe também provar sua contribuição para tal patrimônio comum dos companheiros”. Confira-se ainda: “Civil. Concubinato. Sociedade de fato. Inexistência de patrimônio a

reconhecendo-se que a mulher que cuida do lar também contribui para o aumento do patrimônio do casal⁴⁵⁷. Daí surgiu a Súmula nº. 380 do Supremo Tribunal Federal, que, como diz Francisco José CAHALI, tem origem no princípio que veda o enriquecimento ilícito⁴⁵⁸: “Súmula 380 – Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Essa partilha, no entanto nem sempre era feita em proporções iguais, havendo acórdãos, até mesmo relativamente recentes, que ainda aplicavam esta partilha desigual⁴⁵⁹. Silvio RODRIGUES defendia, até pouco antes da vigência do novo Código, a partilha diferenciada, de acordo com a efetiva contribuição do concubino para o aumento do patrimônio do casal⁴⁶⁰, entendimento que foi aplicado recentemente pelo Superior

partilhar. Serviços prestados. Indenização. Possibilidade jurídica. Precedentes. Recurso provido. *Quantum*. Liquidação. Circunstâncias da causa. I – Circunstâncias especiais, pelas quais não se afere a efetiva participação de um dos envolvidos na formação do patrimônio, podem ensejar indenização em decorrência da convivência concubinária. Em outras palavras, não havendo patrimônio a partilhar, tem a companheira o direito de pleitear indenização pelos serviços prestados ao concubino. ...” (STJ - 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 182.550-SP – Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – julgado em 24/ago./1999 – RSTJ 77/192).

⁴⁵⁷ Neste sentido: “É suficiente a permanência da companheira no lar, nas lides domésticas, para se lhe reconhecer o direito em parte do patrimônio formado pelo seu companheiro” (TJSP – 2ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 173.062 – Relator: Desembargador Paulo Otaviano – julgado em 24/set./1968 – RT 401/193).

⁴⁵⁸ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7.

⁴⁵⁹ Neste sentido: “O quinhão societário à companheira, em tais circunstâncias não há de ser sempre a meação, mas aquela que corresponde à colaboração prestada, a ser dimensionada em cada caso, com ponderação e razoabilidade” (TJRJ – 4ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 2.993/90 – Relator: Desembargador Laerson Mauro – *In: CD Jurid 8.0 publicações eletrônicas*).

⁴⁶⁰ “Outro ponto merecedor de esclarecimento é o da maneira de partilhar-se os bens. Não me parece justo que a divisão deva ser sempre feita meio a meio, e nem isso deflui da Súmula do Supremo Tribunal Federal, porque às vezes um dos concubinos concorre com muito mais esforço, talento, ou recursos, para o aumento do patrimônio comum. No caso, por exemplo, de um médico de talento que faz enorme fortuna, ajudado pela companheira que, além de zelar pela casa, o auxilia em sua vida social e profissional, não se pode negar que houve a conjugação de esforços para aquisição do patrimônio comum. Todavia é inegável que sua colaboração, no amealhar o patrimônio, foi menor que a do consorte. Ou ainda na hipótese de homem rico que, após a união, aumenta seu patrimônio através de negócios que pressupunham a existência de um capital” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 6, p. 256). Na nova edição da mesma obra, já tantas vezes citada, com a excelente atualização de Francisco José CAHALI, este texto está sensivelmente modificado, como se vê: “Outro ponto controvertido na interpretação da súmula, hoje superado, era a maneira de partilharem-se os bens. Nunca nos pareceu justo que a divisão devesse ser sempre feita meio a meio, nem isso defluía da súmula do Supremo Tribunal, porque às vezes um dos concubinos concorria com muito mais esforço, talento, ou recursos, para o aumento do patrimônio comum. No caso, por exemplo, de um médico de talento que faz enorme fortuna, ajudado pela companheira, que, além de zelar pela casa, o auxilia em sua vida social e profissional, não se pode negar que houve a conjugação de esforços para a aquisição do patrimônio comum. Todavia é inegável que sua colaboração, no amealhar o patrimônio, foi menor que a do consorte. Ou ainda na hipótese de homem rico que, após a união, aumenta seu patrimônio através de negócios que pressupunham a existência de um capital” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil... cit.**, 28. ed., v. 6, p. 267).

Tribunal de Justiça, depois mesmo da entrada em vigor do novo Código⁴⁶¹. Em alguns julgados se negou a idéia da existência de uma sociedade de fato entre os concubinos, por faltar-lhes, ao se unirem, a *affectio societatis*, ou seja, o ânimo de constituir patrimônio.

Surgiu em seguida outro problema relevante: a possibilidade, ou não, de aplicar a dita Súmula nº. 380 ao concubinato adulterino; os casos que geraram a Súmula eram de concubinos desimpedidos. O Supremo Tribunal Federal decidiu em 1985 que a Súmula não se aplicaria ao concubinato adulterino⁴⁶². O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, admitiu a aplicação⁴⁶³, o que também ocorreu com parte da doutrina⁴⁶⁴. Na Lei nº. 8.971/94⁴⁶⁵, deixou-se expresso, para conceder os direitos à companheira ou ao

⁴⁶¹ STJ - 3ª. Turma – Relator: Ministro Ari Pargendler – *In: Newsletter Síntese* (boletim informativo veiculado na Internet por e-mail, cadastrado no site <<http://www.sintese.com>>), 27/mar./2003, v. 655.

⁴⁶² “A ação de partilha patrimonial promovida pela concubina não pode prosperar se o réu é casado, visto que tanto conduziria ao despropósito da dupla meação. A Súmula 380, interpretada à luz da jurisprudência que lhe serviu de base, e daquela que sobreveio, refere-se a concubinos desimpedidos” (STF - 2ª. Turma – Recurso Extraordinário nº. 103.775-RS – Relator: Ministro Francisco Rezek – julgado em 17/set./1985 – *In: <http://www.stf.gov.br>*. Acesso em: 09/ago./2004).

⁴⁶³ “É admissível dissolver a sociedade de fato, embora um dos cônjuges seja casado. Tal situação não impede a aplicação do princípio inscrito na Súmula 380, STF” (STJ – 3ª. Turma – Recurso Especial nº. 6.080 – Relator: Ministro Nilson Naves – *In: ADV nº. 5.302, nº. 18, abr./1992*).

⁴⁶⁴ Vide, v.g., a seguinte lição de CARVÃO, Patrícia Leite (Separação de fato e união estável. *In: <http://www.amperj.org.br>*. Acesso em: 21/mar./1998): “Tal situação, que pode fazer com que venha a surgir litígio de tal espécie, convém lembrar, só poderá se dar no caso de ser um dos cônjuges separado de fato, eis que, se ainda havendo coabitação com seu consorte, não há que se falar nem mesmo em união estável ao nos referirmos ao segundo relacionamento havido, que poderá apenas ser regulado pelos dispositivos do Código Civil que tratam da sociedade de fato”.

⁴⁶⁵ Dura foi a crítica que o ex-Ministro da Justiça Saulo Ramos fez a esta lei, que ele intitulou de “Lei Piranha”, nestes termos: “A Constituição que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (artigo 226, parágrafo 3º.), declara solenemente ‘...devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. E o que fez o Legislativo? Uma ova para a Constituição e bananas para as instituições jurídicas protetoras da família, fato gravíssimo que elimina séculos de conquistas e de civilização. Podem esperar, essa leizinha imoral logo logo será invocada até pelos companheiros(as) do mesmo sexo, pois será repulsiva a discriminação, já que se esculhambou geral, além da interpretação gramatical permitir tal entendimento, graças ao ‘a’, grafado depois dos ‘o’, consagrando a possibilidade de união entre companheiro e companheiro, ou entre companheira e companheira, posto que (*sic*) ninguém é obrigado a separar o que está ou não entre parênteses, já que se acabou com os parentes e a redação do monstro permite essa leitura, que nós, complicadamente, chamamos de hermenêutica. O Poder Judiciário, dentre suas reformas necessárias, que trate de programar também a extinção das Varas de Família e, em seu lugar, instalar as Varas Piranhas(os); e Antônio Carlos Magalhães, no próximo discurso, que reserve pedras, não digo as primeiras, mas algumas, para atirar contra o lado de dentro do Legislativo Federal, posto que (*sic*), para fazer lei como essa, é melhor que se suicide, o Congresso, não ACM, velho amigo de tanto tempo, que certamente haverá de propor um projeto revogando todas essas vergonhas. São vergonhas degradantes, profundamente lesivas à tutela jurídica da família, mais graves de que uma simples falta de fôlego do ministro Néri da Silveira ao deixar um processo quatro anos sem julgar, ou do ministro Sepúlveda Pertence por haver engavetado, durante mais de três anos, a ação, proposta pelo PT, contra a telefonia privada, e interrompendo um julgamento que seu partido político estava perdendo por quatro votos a zero. A falta de um ou outro Juiz, ainda que censurável, não pode pesar contra todo o Judiciário. Mas uma lei como esta, horizontal e barregã, consagrando os cafetões, os amancebados e os barregueiros, voltada contra as instituições do direito de família, compromete irremediavelmente o Legislativo, que somente se salvará na rápida revogação. E agora, nesta semana, acaba de sair nova lei

companheiro, a exigência de que se tratasse de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. A Lei nº. 9.278/96 não fez a ressalva ao concubinato adúlterino feita pela Lei nº. 8.971/94. Nem por isso se podia conferir a este os efeitos da união estável estabelecidos na Constituição Federal⁴⁶⁶. Não se pode aceitar que a Constituição, que conferiu proteção do estado à família legítima, também tenha visado proteger o concubinato que vai de encontro à família prejudicando-a⁴⁶⁷, e originada de um ato ilícito (o adultério)⁴⁶⁸. Ademais, a Lei nº. 9.278/96 não revogou expressamente a Lei nº. 8.971/94, entendendo-se que esta continuou em vigor⁴⁶⁹.

Outra questão que se colocou era a de saber se, sendo um dos concubinos separado de fato de outrem, estaria caracterizada a união estável. A Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, após reunir os Juízes de Direito das Varas Cíveis, de Família e Orfanológica, expediu, em 20 de agosto de 1996, o Aviso nº. 137, cujo enunciado nº. 3

(ainda não tem número), que admite a amigação através de contrato em cartório e regula novos direitos dos ‘conviventes’, de forma diversa da outra. Temos, pois, estatutos jurídicos para a cafetinagem, para os conviventes e, por último, desbotado e inexpressivo, o Código Civil regulando o casamento à moda antiga” (RAMOS, José Saulo Pereira. A “Lei Piranha” ou o fim do casamento à moda antiga. *In: Folha de São Paulo*, 21/mar./1995, p. 1-3).

⁴⁶⁶ Neste sentido: “Estão excluídas, portanto, em princípio e terminantemente, as relações flagrantemente adúlteras. Além do aspecto moral e lógico de que o Estado não poderia proteger a relação de um cônjuge com terceiro, em adultério, porque estaria acobertando infração ao dever conjugal da fidelidade; há o aspecto de ser inviável o cônjuge adúltero, além de sua família constituída pelo casamento, formar outra, paralelamente, relacionando-se com esposa e concubina concomitantemente (ou, ao contrário, relacionando-se com marido e concubino) e até, quem sabe, sobrevirem filhos de ambas (ou ambos). É inviável no sentido de ser juridicamente inaceitável” (CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 65-66). Em sentido contrário, escreve AZEVEDO, Álvaro Villaça (*Op. cit.*, p. 345): “Entendemos que essa Súmula [380] se aplica, atualmente, às uniões concubinárias impuras, adúlteras propriamente, para que se evite o enriquecimento sem causa e altamente injusto”.

⁴⁶⁷ Idêntica situação ocorre no direito japonês, como informa LEITE, Eduardo de Oliveira (O concubinato no direito japonês. *In: O Diário do Norte do Paraná*, 17/jun./1992, p. 2): “Uma segunda situação pode ocorrer: um homem casado mantendo relações com uma terceira mulher, sem vontade de casar, nem constituir uma comunidade de vida duradoura. É a MÉKAKÉ HANKÉI (mulher mantida). O direito japonês, igualmente, não protege juridicamente esta situação fática”.

⁴⁶⁸ Neste sentido: “Quando a Constituição Federal tutelou a família oriunda da união livre estável, ao lado da proteção dispensada à família proveniente do casamento; não quis, nem poderia, estabelecer um conflito de pretensões jurídicas entre elas e nem hierarquizá-las. O que elas não podem, então, é coexistir no mesmo espaço de tempo. Quando, na prática, se faz prevalecer a família matrimonial sobre a informal, não se está estabelecendo uma preferência entre elas; ocorre que a união livre, aí, originou-se de um ilícito civil (o adultério), o que por si só afasta a idéia de entidade familiar prevista pela Constituição e regulamentada por aquelas duas leis” (CZAJKOWSKI, Rainer. *Op. cit.*, p. 66).

⁴⁶⁹ Neste sentido: “...não revogou expressamente a lei anterior, o que implica em (*sic*) convivência das duas normas, apesar de se poder considerar que teria havido derrogação” (PEREIRA, Antônio Dilson. União estável. *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 29/jun./1997, p. 1). Em sentido contrário ditou o Aviso nº. 137/96 da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, no Enunciado nº. 1: “A Lei nº. 8.971/94 está ab-rogada pela Lei nº. 9.278/96, tendo em vista que regulou inteiramente toda a matéria tratada na lei anterior (art. 2º. da Lei de Introdução ao Código Civil)” (Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro – Aviso nº. 137/96 – Corregedor Desembargador Paulo Roberto de Azevedo Freitas – DJ 21/ago./1996, p. 15).

assim dispunha: “A circunstância de serem um ou ambos os conviventes separados de fato do respectivo cônjuge descaracteriza a estabilidade da união”⁴⁷⁰. Parte da doutrina e da jurisprudência se insurgiu contra este entendimento⁴⁷¹. Mas não nos parece que lhes assistisse razão. O concubinato que a Constituição visou proteger foi o puro, não o impuro. Ou seja, só está sob a proteção legal a relação estável cujos concubinos não tenham qualquer impedimento matrimonial. Por tudo isto não nos parece boa a inovação do art. 1.723, § 1º., do novo Código Civil, mais adiante comentada.

6.2. Evolução Legislativa

As leis previdenciárias foram as primeiras a reconhecer direitos à concubina⁴⁷², o que Orlando GOMES chamou de “direito hereditário dos pobres”⁴⁷³. O Decreto-Lei nº. 7.036, de 10 de novembro de 1944, permitia, no art. 21, parágrafo único, que a companheira fosse colocada como beneficiária⁴⁷⁴. A Lei nº. 5.890/73, alterando a

⁴⁷⁰ Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro – Aviso nº. 137/96 – Corregedor Desembargador Paulo Roberto de Azevedo Freitas – DJ 21/ago./1996, p. 15.

⁴⁷¹ Assim: “Todavia, em que pesem os argumentos levantados por aqueles que compartilham de tal posição, temos que nada impede o reconhecimento de uma união estável estabelecida nestes termos, podendo aqueles homens e mulheres casados, mas separados de fato de seus consortes serem abraçados pela proteção legal” (CARVÃO, Patrícia Leite. *Op. cit.*). “O art. 7º. supera e, portanto, revoga o art. 1º. da Lei 8.971 em diversos aspectos. Não há mais restrições quanto ao estado civil de qualquer dos parceiros, tanto faz credor ou devedor” (CZAJKOWSKI, Rainer. *Op. cit.*, p. 159). “Embora o contribuinte falecido ainda fosse legalmente casado, o fato de conviver por mais de quinze anos com a companheira, quando veio a falecer, o equipara ao divorciado, devendo ser prestada a devida assistência previdenciária à sua companheira” (TJSP – Apelação Cível nº. 113.344-1 – Relator: Desembargador Souza Lima – julgado em 23/ago./1989 – BIJ 173/257).

⁴⁷² Embora se pretenda ver em dispositivos legais anteriores (especialmente os Decretos 2.681/12 – art. 22 – e 3.724/19, que falavam em indenização a qualquer pessoa que vivia às expensas do falecido – art. 7º., § 3º.) previsão do concubinato, na verdade, foi a jurisprudência posterior que deu alcance lato a esses diplomas legislativos; não se trata de tarefa do legislador, que não previu, nem implicitamente, a hipótese (para a referência ao Decreto nº. 2.681/12, utilizou-se a citada 53ª. edição do novo Código Civil publicada pela Saraiva em 2002; para o Decreto nº. 3.724/19, utilizou-se a versão baixada da Internet, no *site* <<http://www.senado.gov.br>>, em 18/dez./2003).

⁴⁷³ GOMES, Orlando. *Memória... cit.*, p. 118.

⁴⁷⁴ “Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, não haverá distinção entre os filhos de qualquer condição, bem como terá os mesmos benefícios do cônjuge legítimo, caso este não exista ou não tenha direito ao benefício, a companheira mantida pela vítima, uma vez que haja sido declarada como beneficiária em vida do acidentado, na carreira profissional, no registro de empregados, ou por qualquer outro ato solene da manifestação de vontade” (para esta referência ao Decreto-Lei nº. 7.036, utilizou-se a versão baixada da Internet, no *site* <<http://www.senado.gov.br>>, em 11/ago./2004).

redação do art. 11 da Lei nº. 3.807/60, foi a primeira a incluir a companheira como dependente dos segurados⁴⁷⁵. E o Conselho de Recursos da Previdência Social por várias vezes decidiu em seu favor⁴⁷⁶. A Lei nº. 6.858/80, dando aos dependentes habilitados perante a Previdência Social o direito de sacar as contas individuais do FGTS e do PIS-PASEP, restituições de Imposto de Renda e outros tributos, com preferência sobre os sucessores, acabou por beneficiar indiretamente a companheira, eis que já se reconhecia então o direito da companheira de se habilitar perante a Previdência.

A Lei nº. 4.069, de 11 de junho de 1962, pelos §§ 3º. e 4º. de seu art. 5º., autoriza o servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, separado judicialmente ou viúvo, a destinar a pensão à sua concubina, desde que com ela conviva há mais de cinco anos e subsista impedimento legal ao casamento; e isto, se esse servidor não tiver filhos capazes de receber esse benefício, pois, neste caso, só poderá destinar metade da referida pensão⁴⁷⁷.

O art. 44 da Lei nº. 4.242, de 17 de julho de 1963, admite que o contribuinte separado judicialmente que não tem obrigação de sustentar sua ex-mulher abata em sua declaração de imposto sobre a renda os encargos de família de sua concubina, desde que com ela conviva por mais de cinco anos e que a tenha incluído como sua beneficiária, sendo necessário que entre esses mesmos concubinos exista impedimento legal ao casamento, nos moldes do art. 3º. da Lei nº. 4.862, de 29 de novembro de 1965⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ “Art. 11. Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta lei: I - a esposa, o marido inválido, a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas...” (para estas referências às Leis nºs. 3.807 e 5.890, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.senado.gov.br>>, em 11/ago./2004).

⁴⁷⁶ Neste sentido, confira-se: “Companheira designada que viveu, comprovadamente, sob a dependência econômica do ex-segurado instituidor do benefício reclamado, de quem houve filhos, tem direito a usufruir a pensão pleiteada, a despeito da existência da ex-esposa do *de cujus*, que, nos trinta anos que sucederam ao desquite, jamais exigiu do seu ex-marido, através de ação própria, a fixação de qualquer pensão alimentícia” (Conselho de Recursos da Previdência Social – Acórdão unânime nº. 2.528 do Conselho Pleno – 24/out./1973 – Processo MTPS nº. 137.755/72-GB – In: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil... cit.**, 28. ed., v. 6, p. 257).

⁴⁷⁷ “§ 3º. O servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viúvo, poderá destinar a pensão, se não tiver filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que viva sob sua dependência econômica no mínimo há cinco anos, e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento. § 4º. Se o servidor tiver filhos, somente poderá destinar à referida beneficiária metade da pensão” (para esta referência, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.senado.gov.br>>, em 06/ago./2004).

⁴⁷⁸ “Art 44. O servidor público civil ou militar, de autarquia ou sociedade de economia mista, que for desquitado e não responda pelo sustento da esposa, poderá descontar importância igual na declaração do imposto de renda, se houver incluído entre seus beneficiários, na forma do art. 5º. da Lei nº 4.069, de 11 de junho de 1962, pessoa que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos”. Dispõe, a propósito, o art. 3º., § 1º., da Lei nº. 4.862/65: “§ 1º. Para efeito do abatimento de encargos de

A seu turno, o Decreto nº. 85.450, de 4 de dezembro de 1980, que aprova o Regulamento do Imposto sobre a Renda, estabelece, no § 5º. de seu art. 70, que “o contribuinte poderá considerar, como seu dependente, pessoa com quem viva no mínimo há 5 (cinco) anos, e com quem esteja legalmente impedido de se casar em virtude do estado civil de desquitado ou separado judicialmente de um deles ou de ambos, desde que a tenha incluído entre seus beneficiários”. Idêntico preceito repete-se no § 1º. do art. 522 do mesmo Regulamento⁴⁷⁹.

Embora o Anteprojeto de Orlando Gomes não tratasse especificamente do concubinato, continha ele um Capítulo próprio para a sucessão da companheira (Capítulo II do Título II), com um único artigo que estabelecia:

“Art. 784. Sucessão da Companheira – A companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo que em sua companhia tenha estado nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha prole, participará de sua sucessão, nas condições seguintes:

I – Se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma cota equivalente à que por lei é atribuída ao filho;

II – Se concorrer com descendentes do autor da herança, dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles;

III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança;

IV – Não havendo parentes sucessíveis, terá direito a dois terços da herança⁴⁸⁰.

família, observar-se-á em relação a todos os contribuintes indistintamente, o disposto no art. 44 da Lei nº. 4.242, de 17 de julho de 1963”.

⁴⁷⁹ “§ 1º. O contribuinte poderá abater, como encargo de família, pessoa com quem viva no mínimo há 5 (cinco) anos, e com quem esteja legalmente impedido de se casar em virtude do estado civil de desquitado ou separado judicialmente de um deles ou de ambos, desde que a tenha incluído entre seus beneficiários (Decreto-Lei nº. 1.493/76, artigo 2º.)” (para esta referência ao Decreto nº. 85.450, utilizou-se a versão publicada em São Paulo em 1980 pela Lex).

⁴⁸⁰ Assim justificou o dispositivo GOMES, Orlando (**Memória... cit.**, p. 117-118): “Relevante inovação no direito escrito é a que se propõe em relação à sucessão da companheira. Os tribunais vêm amparando-as, através do recurso a justificações engenhosas que atendem, às vezes, ao propósito de tutela, mas a que faltam segurança e rigor técnico, como a da existência de uma sociedade de fato ou, o que é pior, assegurando-lhe um crédito na herança a título de remuneração de serviços. Preferível enfrentar o problema sem hipocrisia e garantir à companheira, em determinadas circunstâncias, o direito hereditário. A legislação da previdência social, mais humana, já lhe assegura aquilo que, em outra oportunidade, chamei o direito hereditário dos pobres, isto é, o direito de receber a pensão a que faria jus se casada fosse. Evidentemente, não se equipara a companheira à esposa e muito menos se admite que concorra a concubina. O direito sucessório é deferido intuitivamente, à companheira do homem solteiro, viúvo, ou desquitado, vale dizer à companheira de quem não tem esposa para lhe suceder. Mas, nem toda companheira. Tão somente a que tenha estado em sua companhia nos cinco anos precedentes à sua morte, ou de quem tenha filhos. Exige-se, em suma, que a união livre tenha certa estabilidade, seja pela sua

Consagrou-se, aí, verdadeiro avanço para a época. A disposição, contudo, pecava por não tratar de forma semelhante o companheiro⁴⁸¹. Ademais, deu direito amplo à companheira de concorrer à herança com descendentes e ascendentes do *de cujus*, direito este que foi reconhecido limitadamente ao cônjuge. Por outro lado, não consagrou a companheira como herdeira necessária, como o fez com o cônjuge.

O Anteprojeto do Código Civil de 1972 dispôs que, “após cinco anos de vida em comum, como se fossem marido e mulher, presumem-se de ambos os concubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles” (art. 1.989)⁴⁸². As edições posteriores do Anteprojeto, inclusive a versão final remetida ao Congresso Nacional em 1975, entretanto, não tratavam do concubinato, sendo que este tema só foi reintroduzido no Projeto por força de emenda do seu Relator-Geral no Senado, Senador Josaphat Marinho, sob o título da União Estável⁴⁸³.

Cite-se, ainda, a Lei dos Registros Públicos (Lei nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973), com as alterações introduzidas pela Lei nº. 6.216, de 30 de junho de 1975, que possibilita, pelos §§ 2º. e 4º. de seu art. 57, à “mulher solteira, desquitada ou

continuidade, seja pela existência de prole comum reconhecida. Mas o direito hereditário da companheira é sujeito a várias limitações, se existem parentes do concubinário. Assim é que, se concorre com descendentes deste, só lhe tocará a metade do que couber a cada um deles, se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito à metade da herança, vale dizer, a um quarto dessa se tais parentes forem herdeiros necessários e, mesmo não havendo parentes sucessíveis, só se lhe atribuem dois terços da herança. O preceito tem precedente do direito mexicano. Objeções de teor moralizante inadvertido podem levantar-se contra a inovação, mas, em verdade, não procedem, se analisada (*sic*) a disposição sem espírito preconcebido. Uniões estáveis, santificadas pelo sacramento do matrimônio, não asseguram à mulher direito hereditário, deixando-as ao desamparo se morre o marido sem ter se unido também pelos laços do casamento civil. Outras com a mesma estabilidade, mas constituídas ao acaso das circunstâncias, jogam-na, não raro, em situação desesperadora porque o companheiro, egoísta, desconfiado, ou negligente, não as legalizou. Desde que em hipótese alguma a família seja prejudicada, porquanto a sucessão da companheira não exclui a dos parentes, nem a reduz, melhor será atribuir-lhe francamente um direito hereditário, que nada tem de escandaloso, do que permanecer na situação atual em que esse direito, não atribuído por lei, é praticamente reconhecido por artificiosas razões”. Igualmente se justificou no já citado Relatório da Comissão Elaboradora: “Acompanhando o sentido da evolução claramente traçado em leis especiais e aceito em muitos julgados, procura o Projeto dar solução humana ao problema da companheira do homem solteiro, desquitado, ou viúvo. Intensifica-se, em nosso direito, o propósito de, em certas circunstâncias, ampará-la após a morte do concubinário. Para esse fim, os Tribunais recorrem a ficções presumindo seu concurso na formação do patrimônio do **de cujus**. Preferível, no entanto, atribuir-lhe, se comprovada a colaboração, o direito a participar, em determinadas condições, da sua sucessão (art. 668) tanto mais quanto a atribuição aproveitará inúmeros casais que não se uniram pelos laços do matrimônio civil” (Cf. Relatório da Comissão Elaboradora... *cit.*, p. 138).

⁴⁸¹ Em que pese não fosse comum, à época, que uma mulher morresse deixando bens em seu nome, tal fato ocorria esporadicamente, e merecia ser regulada de forma semelhante.

⁴⁸² Para esta e todas as demais referências ao Anteprojeto de Código Civil de 1972, utilizou-se a 2ª. edição publicada em Brasília pelo Departamento de Imprensa Nacional em 1973.

⁴⁸³ Para esta e todas as demais referências ao Projeto revisto, utilizou-se a citada versão publicada eletronicamente (em CD-rom) em Brasília pelo Senado Federal em 2002.

viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável”, requerer judicialmente a averbação, em seu registro de nascimento, do “patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas”, sendo que esse pedido só poderia ser acolhido “quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia”⁴⁸⁴.

O Projeto de Lei nº. 1.117/75 pretendeu regulamentar o contrato de convivência, permitindo-o entre pessoas solteiras, viúvas ou desquitadas, sem impedimentos matrimoniais. Previa, entre outros, o direito a pensão previdenciária para a mulher⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Para esta referência, utilizou-se a citada 55ª. edição do novo Código Civil pela Saraiva em 2004.

⁴⁸⁵ “Art. 1º. É válido o contrato civil de coabitação, firmado entre pessoas maiores, civilmente capazes e de sexos diferentes, observados os impedimentos constantes do artigo 183, incisos de I a XVI, da Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, o Código Civil Brasileiro. Parágrafo único. Somente podem celebrar o contrato civil de coabitação as pessoas que sejam solteiras, viúvas ou desquitadas. Art. 2º. O contrato civil de coabitação é de prazo certo ou indeterminado, respondendo as partes, quando de sua denúncia, pelos encargos que assumirem. Art. 3º. O contrato civil de coabitação é nulo e de nenhum efeito, quando firmado de forma a contrariar os impedimentos previstos no artigo 183 da Lei n. 3.071, de 1916 ou ainda quando: a) Entre as testemunhas não se contar pelo menos dois Bacharéis de Direito em pleno exercício da advocacia, assistindo às partes; b) Houver, por parte de um dos contratantes, erro essencial quanto à pessoa do outro, assim definido nos termos do artigo 219, do Código Civil Brasileiro (Lei n. 3.071/16); c) Não for registrado em Cartório de Títulos e Documentos, para os efeitos legais, no prazo de 30 (trinta) dias da sua lavratura. Parágrafo único. A nulidade do contrato civil de coabitação processar-se-á por ação ordinária. Art. 4º. É também nulo o contrato civil de coabitação que em suas cláusulas não contiver: a) O inventário dos bens individuais de cada contratante; b) O regime de condomínio para os bens adquiridos na vigência do referido contrato, a determinação sobre quem os há de administrar e o critério de sua divisão quando da denúncia do contrato; c) O destino a ser dado aos filhos havidos durante a vigência do contrato quando da denúncia do mesmo, o sustento e a educação destes mesmos filhos; d) Pensão mensal devida pelos contratantes, inclusive a filhos e dependentes anteriores ao contrato, definindo o pagador; e) A indenização devida pelo contratante que der causa à nulidade ou à denúncia do referido contrato. Parágrafo único. O contratante que tiver filhos havidos antes do contrato de coabitação mantém e responde pelo pátrio poder, sustento e educação dos mesmos, salvo cláusula em contrário. Art. 5º. O contrato civil de coabitação pode ser denunciado desde que: a) Sobre esta denúncia se manifeste de pleno acordo um dos contratantes, obrigatório para o outro; b) As cláusulas que obriguem deveres e atribuam responsabilidades não estejam sendo cumpridas; c) Um dos contratantes ou ambos assim o entendam por motivo de comportamento moral de um em relação ao outro, entendendo-se como tal, o adultério, a embriaguez contumaz, o vício e o uso de tóxicos, desvios sexuais, maus-tratos com perigo à integridade física, à saúde e à vida de um dos contratantes, traumas psíquicos, psicológicos, neurológicos e morais; d) Sobrevenha a um dos contratantes doença contagiosa incurável ou insanidade mental comprovada. Art. 6º. Na vigência de um contrato civil de coabitação os contratantes estão impedidos de celebrarem outro, sob pena de responderem civilmente pelos seus atos, indenizando as partes contrárias, em ambos os contratos simultâneos, no valor das indenizações exigidas por danos morais e pessoais. Parágrafo único. Ocorrendo a hipótese do *caput* deste artigo, os contratos referidos ficam anulados. Art. 7º. A contratante varoa, para fins de previdência social, é dependente do contratante varão e esta dependência somente vigora durante a vigência do contrato. Art. 8º. A morte de um dos contratantes põe fim ao contrato e ao condomínio dos bens, sem gerar direitos de herança, senão em relação aos descendentes, que herdaram de ambos os condôminos. Art. 9º. Os bens possuídos em condomínio pelos contratantes do contrato civil de coabitação

Em 1988, a Constituição Federal⁴⁸⁶ reconheceu a união estável entre homem e mulher como forma de constituição de família⁴⁸⁷, dando feição completamente

serão inventariados a cada 24 (vinte e quatro) meses devendo este inventário ser averbado ao registro do contrato no Cartório onde o mesmo foi registrado. Parágrafo único. A não averbação no período estabelecido faz clara a inexistência de bens condominiais quando da denúncia do contrato. Qualquer dos contratantes pode promover aquela averbação. Art. 10. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias a contar de sua publicação. Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de publicação do decreto que a regulamentar” (Cf. CAHALI, Francisco José. **Contrato... cit.**, p. 16-17).

⁴⁸⁶ Em rigor, à semelhança do que dissemos com relação à Constituição de 1969 (vide nota de rodapé nº. 141, supra), também a Constituição de 1988 não poderia ser assim chamada, por ter sido a Assembléia Constituinte que lhe originou convocada erroneamente por Emenda Constitucional à Constituição anterior (Emenda nº. 26/85), de iniciativa do Poder Executivo, padecendo, já em seu nascedouro, de um vício irremediável, conforme leciona BONAVIDES, Paulo (*Op. cit.*, p. 489-490): “Um ligeiro retrospecto nos evidencia que das Constituições elaboradas na história constitucional do Brasil em épocas de abertura, a de 1988 é aquela que, de princípio, em suas nascentes, menos títulos congregava para fazê-la a rigorosa expressão da vontade popular soberana. Com efeito, basta examinar a primeira fase do processo constituinte para chegar a essa conclusão necessária. A Emenda Constitucional nº. 26 convocatória da Assembléia Constituinte foi obra de iniciativa do Poder Executivo, que se valeu do próprio Congresso - um poder constituído e limitado - para transformá-lo em órgão de soberania. A Constituinte congressional não era indubitavelmente a forma mais legítima de assembléia para conduzir o processo ou exprimir sem pressupostos restritivos o exercício da soberania nacional em toda a sua plenitude. Uma limitação prévia de origem estava na operação eleitoral. Elegeram-se deputados e senadores, e estes últimos, representando o ramo federativo do sistema, significavam já um pressuposto originário de compromisso aparente com a base federativa da organização do Estado, ao mesmo passo que diminuía politicamente a integridade de expressão da vontade popular, em virtude da composição paritária do Senado, com relevante inferiorização da manifestação de vontade do eleitorado. A sub-representação política dos grandes Estados na composição do colégio constituinte se tornava assim patente, sendo por conseguinte óbvio que essa carência de plenitude e igualdade na representação conjunta do eleitorado fazia baixar o teor de representatividade e democracia do poder soberano no exercício da função constituinte, caindo consideravelmente o grau de sua legitimidade. O ponto de partida era pois o de uma legitimidade, bastante reduzida, com suficiente plenitude para executar uma reforma da Constituição obra sempre de um poder constituinte derivado ou de segundo grau, mas de legitimidade discutível, em se tratando de concretizar a elaboração de uma nova Constituição, a qual, em rigor, deve caber a uma Constituinte exclusiva e, se possível, desatada do vínculo federativo prévio, a exemplo da de 1933, cujo modelo é de lastimar não se tenha adotado, como cumpria e a Nação decerto aguardava”. No mesmo sentido a lição de SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu (**Pena e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 85-86): “Merece registro, porém, uma posição da doutrina que não considera a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 como representante legítima do poder constituinte originário, e sim uma Assembléia instalada através de Emenda Constitucional (EC 26 de 27.11.85), que alterou apenas o procedimento de modificação da Carta Magna, permitindo com isso, o advento da Constituição de 1988. Destarte, o que ocorreu à época foi uma manifestação do poder constituinte derivado (instituído), porém, libertado das limitações materiais e circunstanciais por uma disposição expressa: ‘Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana’. Para que houvesse a manifestação do poder constituinte originário, seria necessário uma revolução, ou seja, a quebra da ordem jurídica vigente”. Ademais, apontam os constitucionalistas outros defeitos da convocação da Assembléia Constituinte: “a) endossou uma Constituinte congressional ou um Congresso com poderes constituintes, e não (segundo os críticos) uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva, tal como o povo majoritariamente alvitrava, com o gravame de terem os congressistas recusado, nos termos da proposição BIERRENBACH, uma consulta, via plebiscito, ao povo brasileiro (fonte maior do Poder Constituinte originário) para que exercitasse o seu legítimo direito de opção entre os dois tipos de Constituinte: a exclusiva e a congressional; b) transformou em constituintes vinte e três senadores eleitos em 1982 para um Congresso ordinário, conferindo-lhes, assim, poderes espúrios, porque não contidos no mandato que lhes foi exclusivamente outorgado para legislarem ordinariamente; c) o texto do ato convocatório pecou pela lacuna e a omissão, seja porque não fixou desde logo prazo para a feitura da Constituição, seja porque não definiu de pronto os parâmetros norteadores da elaboração do texto constitucional, relegando-os para as sempre controvertidas normas regimentais, seja enfim porque, ao mesclar poderes constituintes com os legiferantes do Congresso, criou a Emenda perspectivas de prolongadas polémicas em torno não só do Regimento a ser votado, mas,

diferente ao anteriormente chamado concubinato puro⁴⁸⁸, que passou a ser tratado como família, e não mais como simples sociedade de fato.

A Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, arrola o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de dezoito anos ou inválido como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social⁴⁸⁹. A mesma situação é descrita pelo art. 16 do Decreto nº. 3.048, de 6 de maio de 1999, que dispõe, no § 5º., que se considera companheiro ou companheira a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou com a segurada⁴⁹⁰.

Na Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991), por seu art. 12, também se admite a continuidade da locação pelos companheiros ou conviventes⁴⁹¹.

A Lei nº. 8.971/94 foi inovadora no tema. Embora não tratando especificamente da união estável⁴⁹², deu direito a alimentos e direitos sucessórios à

também, do próprio processo de elaboração da nova Constituição, vaticínio lamentavelmente confirmado pelos fatos posteriores” (Cf. LOBO, Eugênio Roberto Haddock. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1989, v. 1, p. 3).

⁴⁸⁷ A Constituição fala, para a união estável, em “entidade familiar”, havendo quem retire daí uma suposta distinção entre “família” e “entidade familiar”. Parece-nos, contudo, que as expressões, na Constituição, são sinônimas, traduzindo um gênero (família ou entidade familiar), do qual são espécies o casamento, a união estável e a chamada família monoparental.

⁴⁸⁸ Segundo lição amplamente majoritária na doutrina, a união estável referida na Constituição corresponde ao que a doutrina sempre chamou de concubinato puro, ou seja, aquele em que os companheiros não têm impedimento matrimonial, só não se casando porque não querem (Neste sentido: CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito de família**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, v. 6, p. 281-282).

⁴⁸⁹ “Art. 13. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; ...” (para esta referência, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.mpas.gov.br>>, em 11/ago./2004).

⁴⁹⁰ “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido; ... § 5º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada” (para esta referência ao Decreto nº. 3.048, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.mpas.gov.br>>, em 11/ago./2004).

⁴⁹¹ “Art. 12. Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da sociedade concubinária, a locação prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste artigo, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador, o qual terá o direito de exigir, no prazo de trinta dias, a substituição do fiador ou o oferecimento de qualquer das garantias previstas nesta Lei” (para esta referência, utilizou-se a citada 55ª. edição do novo Código Civil publicado pela Saraiva em 2004).

⁴⁹² Anota AZEVEDO, Álvaro Villaça (*Op. cit.*, p. 358) que “muitos têm considerado, como Estatuto dos Concubinos, o preceituado na Lei nº. 8.971”. Todavia, “essa lei não apresenta características de um

companheira de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, ou ao companheiro da mulher nas mesmas condições. Exigiu, para tanto, que a união perdurasse por cinco anos, ou que dela tivesse resultado filhos⁴⁹³. Já a Lei nº. 9.278/96, que lhe seguiu, sem revogá-la totalmente, apenas dispensou o requisito temporal⁴⁹⁴ e deixou de mencionar a questão do estado civil⁴⁹⁵. O novo Código Civil, como veremos adiante, revogou ambas as leis, dando tratamento completo ao tema.

O art 35, inciso II, da Lei nº. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, assenta que poderão ser dependentes, para a legislação do imposto sobre a renda, com a consequente dedução permitida, o companheiro ou a companheira, desde que tenham convívio por mais de cinco anos ou por período menor, se da união resultou prole⁴⁹⁶.

6.3. Competência

Até a Constituição Federal de 1988, como vimos, a matéria do concubinato era tida como de direito de sociedade, não de direito de família, e por esta razão se afirmava que a competência para julgar tais causas era da Vara Cível. A partir da Constituição de 1988, no entanto, passou-se a reconhecer que a questão é de direito de

Estatuto pois nada faz além de, simplesmente, conceder aos concubinos direitos que são concedidos aos cônjuges”.

⁴⁹³ Para esta e todas as demais referências à Lei nº. 8.971/94, utilizou-se a citada 55ª. edição do novo Código Civil publicado pela Saraiva em 2004.

⁴⁹⁴ A Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, no Enunciado nº. 4 do Aviso nº. 137/96, entendeu que: “Considerando o ideal de uniformidade dos entendimentos judiciais, indica-se o prazo de 5 (cinco) anos, consagrado pela consciência jurídica nacional e por diversos textos legais, como critério para a configuração da convivência duradoura, salvo quando as peculiaridades de cada caso concreto recomendarem o contrário” (Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro – Aviso nº. 137/96 – Corregedor Desembargador Paulo Roberto de Azevedo Freitas – DJ 21/ago./1996, p. 15). Acresceu no Enunciado nº. 5: “O tempo decorrido para a caracterização da convivência duradoura há de ser computado desde o início da união, para efeito da concessão dos alimentos, incidindo a Lei sobre as situações já em curso, quando da sua publicação e entrada em vigência”.

⁴⁹⁵ Para esta e todas as demais referências à Lei nº. 9.278/96, utilizou-se a citada 55ª. edição do novo Código Civil publicado pela Saraiva em 2004.

⁴⁹⁶ “Art. 35 - Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea ‘c’, poderão ser considerados como dependentes: I - Cônjuge; II - o companheiro ou a companheira, desde que haja vida em comum por mais de cinco anos, ou por período menor se da união resultou filho; ...” (para esta referência à Lei nº. 9.250, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.mpas.gov.br>>, em 11/ago./2004).

família⁴⁹⁷, posto que alguns Tribunais a isto resistissem⁴⁹⁸. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul chegou a editar, pioneiramente, a Súmula n.º. 14 neste sentido⁴⁹⁹, tendo, inclusive, decidido pela derrogação da Súmula n.º. 380 do Supremo Tribunal Federal, por ter a Constituição elevado a união estável à categoria de “entidade familiar”⁵⁰⁰.

A Lei n.º. 9.278/96 firmou a competência da Vara de Família em seu art. 9.º⁵⁰¹. Mas não se aplicam às ações de dissolução da união estável o disposto no art. 100,

⁴⁹⁷ Neste sentido: “O que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina das sociedades de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar. Como tal, gozando da proteção do Estado, está legitimada para os efeitos da incidência das regras do direito de família, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Provada a união estável pela longa convivência comum, é cabível a meação dos bens adquiridos na constância desta” (TJRJ - 1.ª. Câmara Cível – *Apud* RODRIGUES, Silvio. **Direito civil... cit.**, 28. ed., v. 6, p. 276).

⁴⁹⁸ Assim: “Consagrou a nova Constituição essa proteção, mas, com a devida vênia, isso não representa que as questões envolvendo concubinos tenham sido erigidas à condição de questão de estado. O concubinato continua a ser uma sociedade de fato, merecedora da proteção legal, sem o caráter especialíssimo que se lhe quer emprestar. Competente, portanto, o Juízo Cível” (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência n.º. 9.775-0 – Relator: Desembargador Nóbrega Salles – no corpo do acórdão – julgado em 15/jun./1989 – cópia do acórdão obtida diretamente junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo). “Competência – concubinato – proteção estatal contida no § 3.º. do art. 226 da CF de 1988 – Norma constitucional que não implicou ruptura com a situação anteriormente consolidada, não o equiparando à sociedade matrimonial – Competência, portanto, da Vara Cível para o julgamento de questões que envolvam concubinos” (TJSP – Câmara Especial – Conflito de Competência n.º. 10.030-0 – Relator: Desembargador Marino Falcão – julgado em 08/jun./1989 – RT 647/60).

⁴⁹⁹ “Súmula 14 – É de Vara de Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável” (para esta referência, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.mp.rs.gov.br>>, em 03/nov./2004).

⁵⁰⁰ Neste sentido: “O art. 226 da CF elevou a união estável à categoria de ‘Entidade Familiar’, restando derogada, em parte, a Súmula 380 do colendo STF, que só considerava a união concubinária geradora de relações obrigacionais e não familiares” (TJRS – 4.º. Grupo de Câmaras Cíveis – Embargos Infringentes n.º. 591011291 – Relator: Desembargador Luiz Melbío U. Machado – voto do Desembargador Clarindo Favretto – julgado em 09/ago./1991 – DJ 09/mar./1992, p. 5).

⁵⁰¹ É discutível a constitucionalidade deste dispositivo, não no conteúdo, mas no que diz respeito à competência legislativa, já que tratava tipicamente de matéria de organização judiciária, portanto, da competência da legislação estadual (art. 125, § 1.º., da Constituição Federal). Não obstante, se se entendesse, como nos afigura correto, que a Constituição tratou do concubinato como relação familiar, daí decorreria, naturalmente, a competência da Vara de Família, independentemente da constitucionalidade do dispositivo da Lei n.º. 9.278/96, e mesmo antes de sua edição, como bem lembra CZAJKOWSKI, Rainer (*Op. cit.*, p. 191): “A partir da Constituição de 88, as ações sobre uniões estáveis já deveriam ser apreciadas pelas varas de família. Esta conclusão advém de que a competência destes juízos especializados, (*sic*) se define pela matéria de direito de família, e não por aquilo que decorre do casamento. A diferença é intuitiva”. Bem por isso, é de se questionar o Enunciado n.º. 9 do Aviso n.º. 137/96 da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro: “As ações relativas a efeitos patrimoniais da união estável distribuídas às Varas Cíveis até 10.05.96, permanecem nos respectivos Juízos, aforando-se as posteriores nas Varas de Família” (Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro – Aviso n.º. 137/96 – Corregedor Desembargador Paulo Roberto de Azevedo Freitas – DJ 21/ago./1996, p. 15).

inciso I, do Código de Processo Civil⁵⁰², que estabelece o foro privilegiado da mulher para a separação judicial⁵⁰³.

6.4. Sucessão dos Companheiros nas Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96

Somente em 1994, como vimos, por meio da Lei nº. 8.971/94, reconheceu-se direito sucessório aos companheiros. Esta lei foi fruto do Projeto de Lei nº. 37, de 1992, do Senado, proposto pelo Senador Nelson Carneiro⁵⁰⁴. O art. 2º. desta lei dizia que as pessoas referidas no artigo anterior, ou seja, as que viviam com pessoa solteira,

⁵⁰² Sobre a vigência deste dispositivo, vide CARVALHO NETO, Inacio de. **Separação... cit.**, item 5.8.2, p. 195-200.

⁵⁰³ Neste sentido: “O foro especial, em benefício da mulher, para ser demandada em seu domicílio, nos casos previstos no art. 100, I, do CPC, que, por sinal, não é de caráter absoluto, não é extensivo às causas de concubinato que envolvem relações de ordem obrigacional ou patrimonial. Nas ações assentadas em relação concubinária – e, portanto, fundadas em direito pessoal – a regra a ser observada na hipótese é a prevista no art. 94 do CPC, isto é, a ação deve ser proposta no foro do domicílio do réu” (TJSP - 5ª. Câmara Cível – Agravo nº. 132.508-1 – Relator: Desembargador Márcio Bonilha – julgado em 19/abr./1990 – RT 659/80).

⁵⁰⁴ Convém citar a justificativa do Projeto: “1) Em 20 de abril de 1947, submeti à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto nº. 122, que assegurava à companheira do homem solteiro, desquitado ou viúvo, direito a alimentos, pensão, montepio e meio soldo. Na justificação, deixei expresso que a companheira não era ‘amante das aventuras fugazes, mas a mulher livre que se dedica inteiramente a um homem livre, como se fora sua esposa, e vive sob sua dependência econômica’. 2) Passaram-se 45 anos. A legislação foi sendo alterada, mercê de disposições esparsas (Lei nº. 3.912, de 3-7-61, art. 10; Lei nº. 4.069, de 11-6-62, arts. 5º., VIII, §§ 3º. e 4º., e 21; Lei nº. 6.216, de 30-6-75, art. 57; Decreto-Lei nº. 1.493, de 7-12-76, art. 2º.; Lei nº. 6.515, de 27-12-77, art. 45; Lei nº. 6.880, de 9-6-80, art. 50, VIII, i; Lei nº. 7.010, de 1º-7-82, entre outras) e de lenta e constante evolução jurisprudencial, até que a Constituição colocou sob a proteção do Estado a união estável de homem e mulher (art. 226, § 3º.). Continua, porém, controversa, a concessão de alimentos à companheira. O texto do art. 1º. é o da Emenda nº. 27, que ofereci ao projeto do Poder Executivo, e que se converteu na Lei nº. 5.478, de 25 de julho de 1968. Largo e rumoroso foi o debate então travado na Câmara dos Deputados, suscitado pela vigilância de Monsenhor Arruda Câmara. A emenda foi rejeitada por 131 votos contra 122 favoráveis. Houve 3 abstenções. O tempo venceu injustificáveis resistências. Mas as disposições legais não mudaram. Ainda uma vez é o juiz que se antecipa ao legislador. Recentemente, o juiz Wellington Jones Paiva, da 1ª. Vara de Família do Rio de Janeiro, concedeu pensão a uma companheira que, depois de 22 anos, teve encerrada a vida em comum. 3) Vários projetos, no curso desses descênios (*sic*), venho submetendo ao exame do Congresso Nacional. Antes, aprovados na Câmara dos Deputados, não chegavam a ser votados no Senado Federal. A partir de 1971, acolhidos por esta Casa, não tiveram solução na outra Casa do Parlamento. Que melhor seria examinada a proposição ora apresentada. O teor do Projeto reproduz, inteiramente, o art. 784 do Anteprojeto de Código Civil, da lavra do saudoso Professor Orlando Gomes, abrindo clareiras no distante ano de 1963, nessa palpitante questão. Reproduz o art. 3º tão-somente o que já se vai cimentado na decisão dos tribunais. Se o bem adquirido resultou da colaboração dos conviventes, justo é que, desfeito os laços que os uniam, seja o mesmo partilhado igualmente entre eles. 4) As controvérsias já esmaeceram. É hora de atualizar a legislação civil. E reabrir o debate interrompido”.

separada judicialmente, divorciada ou viúva, participariam da sucessão do companheiro nas seguintes condições: o companheiro sobrevivente teria direito, enquanto não constituísse nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos deste ou comuns; ao usufruto da metade dos bens, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro sobrevivente teria direito à totalidade da herança. Estabeleceu-se, aí, portanto, direito sucessório e direito ao usufruto vidual, em condições muito semelhantes às do cônjuge⁵⁰⁵.

Completando tal disposição, o art. 7º., parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96 dava ao companheiro o direito real de habitação, também em condições muito parecidas com a do cônjuge⁵⁰⁶. Estava assim completada a igualdade de tratamento entre cônjuges e companheiros em termos de direitos sucessórios.

Como notou Rainer CZAJKOWSKI, não se exigia, para o reconhecimento do direito real de habitação, a coabitação dos companheiros. Não sendo a coabitação elencada como dever dos companheiros (ao contrário do que ocorre no casamento), “se o parceiro falecido (ele ou ela), for casado e somente separado de fato de antigo cônjuge. O direito real de habitação, previsto na Lei 9.278/96, não se submete a esta restrição, mas sim, unicamente ao conceito de união estável, entidade familiar, contido no art. 1º. da mesma Lei. Em outras palavras: direito real de habitação em benefício do parceiro sobrevivente, existe mesmo se o parceiro falecido for casado e consolidadamente separado de fato de antigo cônjuge. Este direito real de habitação incide, tão-só e necessariamente, sobre o imóvel destinado à residência da família”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ MADALENO, Rolf (Fidelidade vidual na união estável. *In*: **Ciência Jurídica**. Belo Horizonte, v. 91, jan-fev./2000, p. 445) critica o excesso de benefícios aos companheiros sobreviventes, entendendo que esse usufruto “só deveria pesar sobre o patrimônio exclusivo dos concubinos, por eles adquirido na constância da união estável e, mais do que isto, concentrado sobre alguns destes bens, preferencialmente sobre aqueles que já estariam na posse do usufrutuário, como é exemplo a moradia do casal e não 1/4 ou a metade de todo o acervo”.

⁵⁰⁶ Anota ALMEIDA, José Luiz Gavião de (*Op. cit.*, p. 68 e 220) algumas distinções: “A nova lei tratou a companheira de forma mais benéfica que a mulher casada. É que a companheira tinha direito real de habitação qualquer que fosse o regime de bens a regular sua união. E a mulher casada apenas tinha direito real de habitação se casada pelo regime da comunhão universal de bens. Também a mulher casada só teria direito real de habitação se não houvesse outro bem dessa mesma natureza, exigência que não se fez para a companheira”. Bem por isso, prossegue o autor, entendeu-se que a Lei nº. 9.278/96 revogou o art. 1.611 do Código Civil de 1916, porque “não era possível entender que a legislação pudesse proteger mais a companheira que a mulher casada”.

⁵⁰⁷ CZAJKOWSKI, Rainer. *Op. cit.*, p. 175.

Ademais, o companheiro sobrevivente poderia cumular os direitos de usufruto e de habitação; já a viúva ou o viúvo teria um benefício ou outro, não podendo somá-los, tudo dependendo do regime de bens do casamento.

À semelhança do cônjuge, o companheiro também não era herdeiro necessário. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, reafirmou esse entendimento ao decidir: “Civil. Testamento. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira”⁵⁰⁸.

Mas nem uma lei nem outra trataram da possibilidade de o companheiro ser inventariante na sucessão do outro, o que foi reconhecido apenas na jurisprudência, como adiante se verá⁵⁰⁹.

Ressalte-se, por fim, que, reconhecendo direitos sucessórios aos companheiros, as Leis n^{os}. 8.971/94 e 9.278/96, em nenhum momento, exigiram esforço comum para que herdassem. Ou seja, assim como ao cônjuge, o direito sucessório foi reconhecido ao companheiro independentemente de ter ele participado efetivamente na aquisição do patrimônio, ao contrário do que ocorria com a meação.

6.5. A Sucessão do Companheiro no Novo Código Civil

Tal como em relação ao cônjuge, também a sucessão do companheiro sofreu profundas alterações no novo Código. Algumas positivas, justamente as que seguiram a linha da sucessão do cônjuge; outras, todavia, extremamente negativas,

⁵⁰⁸ STJ – 3^a. Turma – Recurso Especial n^o. 191.393-SP – Relator: Ministro Waldemar Zveiter – Revista de Direito Renovar 22/249, RF 362/224, Diário da Justiça 29/out./2001, p. 201 – In: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24/set./2004.

⁵⁰⁹ Item 6.6, infra.

verdadeiros retrocessos na sucessão do companheiro⁵¹⁰. A primeira crítica a se fazer ao novo Código é o tratamento distinto da matéria⁵¹¹. Não havia razão para diferenciar cônjuge e companheiro em matéria sucessória, sobretudo porque a igualdade já tinha sido alcançada anteriormente⁵¹².

Outra crítica que se pode fazer é quanto ao local em que a matéria foi tratada (art. 1.790⁵¹³), no Capítulo I (Disposições gerais) do Título I (Da sucessão em geral), fora, portanto, do Capítulo referente à ordem de vocação hereditária (Capítulo I do Título II), e, sobretudo, distanciado da sucessão do cônjuge, o que é absolutamente

⁵¹⁰ O Senador Josaphat Marinho, Relator do Projeto de Código Civil no Senado (Projeto nº. 118/1984), em sessão para discussão do Projeto e das emendas, expressamente declarou-se comedido na análise das disposições relativas à união estável, voltando-se para a controvérsia que envolvia as Leis nº. 8.971/94 e 9.278/96. Declara ter-se contido, na definição da união estável, ao que era essencial, deixando “para o dia de amanhã, com a experiência e a jurisprudência, a fixação definitiva da configuração da nova entidade familiar” (Cf. Discussão do Projeto e das emendas. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 490).

⁵¹¹ Conclui MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (*Op. cit.*, p. 331), após analisar as regras do direito sucessório do companheiro, que “é melhor a situação matrimonial para o sobrevivente pobre que viverá com uma pessoa mais rica do que ele. Por outro lado, o sobrevivente que, juntamente com seu par falecido, tiver angariado a sua fortuna comum no transcurso da comunhão será beneficiado se tiver comungado sob o regime da união estável”.

⁵¹² Observe-se não se poder falar propriamente em igualdade constitucional ou equiparação entre o casamento e a união estável. Embora se tratem, ambos, de formas de constituição de família, são formas diferentes. A própria Constituição Federal faz distinção ao mandar à lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Tratou, assim, o casamento como forma mais importante. Assim, não há inconstitucionalidade na distinção operada pela lei. No entanto, não há razão lógica para a distinção, sobretudo se considerarmos que a igualdade já havia sido consagrada no direito anterior. Em verdade, são três as teorias a este propósito: a) a que defende a idéia de que cônjuge e companheiro foram equiparados pela Constituição, pelo que a lei que faça distinção entre eles é inconstitucional (neste sentido, *v.g.*, vide SCHLÖSSER, Gustavo M.; COLLYER, Wesley S. Proporcionalidade na sucessão entre companheiros. *In: <<http://www.incijur.com.br/informativos>>*. Acesso em: 18/jan./2005, p. 1); b) a que entende que não há equiparação constitucional, podendo a lei tanto igualá-los como tratá-los desigualmente (neste sentido, diz CAHALI, Francisco José. *Contrato... cit.*, p. 26 que “a nova Carta identificou as duas formas de constituição de família apenas e exclusivamente para efeito de proteção do Estado, deixando para a legislação infraconstitucional, sede própria para tanto, a fixação dos efeitos da união entre os seus partícipes, e a sua conversão em casamento”); c) a que entende que, além de não haver equiparação constitucional, foi o companheiro tratado em segundo plano, pelo que não pode a lei tratá-los igualmente (Neste sentido, vide LIMA, Ronaldo Cunha. *Op. cit.*, p. 466, que declarou: “Tivemos, porém, o cuidado de estabelecer uma graduação no reconhecimento desse direito de herança entre os companheiros: que nunca o companheiro tivesse mais direito do que o cônjuge. Há uma pequena diferença. Não estaria longe pessoalmente de estabelecer a igualdade, mas devo entender que quem elabora um Código nele não insere apenas as normas da sua convicção pessoal, de suas tendências doutrinárias ou filosóficas. O Código deve ser, sobretudo, a expressão média do pensamento coletivo, dos hábitos, dos costumes, das tendências gerais da sociedade. Por isso, gravamos uma diferença entre a situação dos companheiros e a dos cônjuges na sucessão”). Adotamos a segunda posição.

⁵¹³ “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”. Este dispositivo não constava no Projeto.

injustificável⁵¹⁴. Nada impediria que o novo Código tratasse a matéria em conjunto com o cônjuge, simplesmente acrescentando a referência ao companheiro nos arts. 1.829 a 1.832 e 1.836 a 1.839. Isto só se explica pelo fato de que o Projeto original não se referia ao companheiro, tendo sido o tema acrescentado, sem muito cuidado, em revisão no Congresso, por meio da Emenda nº. 358 apresentada em 18 de setembro de 1984⁵¹⁵ pelo saudoso Senador Nelson Carneiro⁵¹⁶. Mas este é um defeito de somenos importância, se comparado aos demais que daqui por diante se analisarão.

Antes, contudo, deve-se observar que, para se falar em direito sucessório, é necessário estar caracterizada a união estável. Não estando configurada a relação estável, ou havendo impedimentos matrimoniais, ou seja, tratando-se de mero concubinato, nos termos do art. 1.727, não se pode falar em direito sucessório a este título⁵¹⁷. No tocante à existência de impedimentos matrimoniais, convém citar que o art. 1.723, § 1º, do novo Código excepciona o inciso VI do art. 1.521 se o companheiro já estiver separado de fato ou judicialmente. Quanto à separação judicial, exceção que já constava da Lei nº. 8.971/94, nada há que contraditar. Entretanto, a separação de fato não deveria ser erigida à condição de autorizadora da união estável, tendo em vista que a separação de fato não extingue os vínculos do casamento, não dissolvendo nem mesmo a sociedade conjugal. Permanecem intactos os deveres do casamento (art. 1.566), inclusive os deveres de vida em comum no domicílio conjugal e fidelidade recíproca, bem como o próprio regime de bens. Isso significa que o enlace sexual de um dos cônjuges separado de fato com terceiro configura infração ao dever de fidelidade; a coabitação estabelecida com o “companheiro”, que certamente implica ausência de coabitação com seu cônjuge, infringe o dever de

⁵¹⁴ Explica ALMEIDA, José Luiz Gavião de (*Op. cit.*, p. 59) que talvez isso se tenha dado por preconceito contra a inclusão da companheira entre os herdeiros. Já HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (*Da ordem... cit.*, p. 5) diz que se trata de uma “infeliz inserção de última hora”, que não obedeceu à regra equalizadora da própria Constituição Federal brasileira.

⁵¹⁵ Observe-se que, para a época, tratava-se de um significativo avanço para os então chamados de concubinos, tendo em vista que não se tinha ainda o trato constitucional da união estável como entidade familiar e, sobretudo, não se tinha ainda consagrado qualquer direito sucessório entre companheiros.

⁵¹⁶ Eis o teor original da Emenda: “A companheira do homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que em sua companhia tem estado nos cinco anos precedentes à sua morte ou de que tenha prole, participará de sua sucessão nas condições seguintes: I – Se concorrer com filhos comuns terá direito a uma cota equivalente a que por lei é atribuída ao filho. II – Se concorrer com descendentes do autor da herança dos quais não seja ascendente, tocar-lhe-á somente a metade do que couber a cada um daqueles. III – Se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito à metade da herança. IV – Não havendo parentes sucessíveis terá direito a dois terços da herança” (Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 371-372).

⁵¹⁷ Neste mesmo sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (*Op. cit.*, p. 59) e MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (*Op. cit.*, p. 328). Bem esclarece MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (*Op. cit.*, p. 338) que, eventualmente, pode o concubino herdar a título de parentesco, no caso de concubinato incestuoso.

coabitação do casamento; o regime de comunhão parcial da união estável (art. 1.725) é incompatível com eventual comunhão estabelecida no casamento anterior. Poderia o “companheiro” casado cumprir, ao mesmo tempo, o dever de fidelidade (ou lealdade, nos termos do art. 1.724) da união e o dever de fidelidade do casamento (art. 1.566, inciso I)? Pode a lei proteger uma união que é contrária a um casamento, que tem proteção constitucional (art. 226, *caput*)? Ademais, como vimos⁵¹⁸, tal disposição pode criar problemas sucessórios, em face da regra do art. 1.790, cumulada com a regra do art. 1.830. Por tudo isto, parece-nos inconstitucional a disposição do § 1º. do art. 1.723, na parte em que permite a caracterização da união estável sendo um dos “companheiros” apenas separado de fato⁵¹⁹.

Embora não seja expressa nossa lei, como ocorre com a lei mexicana⁵²⁰, deve-se deixar claro também que só há verdadeira união estável se os companheiros tiverem união exclusiva, ou seja, se nenhum deles integrar mais de uma união concubinária. Mister se faz que a lei assim diga expressamente, para evitar dúvidas a respeito.

Em primeiro lugar, limita o art. 1.790 a sucessão aos bens adquiridos na vigência da união estável. Esse fato mostra a confusão que o legislador fez entre sucessão e meação⁵²¹. Veja-se o absurdo desta regra: não tendo o *de cuius* deixado nenhum outro herdeiro sucessível, o companheiro recolherá todos os bens adquiridos na constância da união a título oneroso, e os demais bens serão considerados vacantes, passando ao domínio da Fazenda Pública municipal.

Não obstante a confusão⁵²² operada pela lei, prevalece ainda a distinção, já que o art. 1.725 é claro em falar do regime de bens na união estável. Não vemos

⁵¹⁸ Item 5.4, *supra*.

⁵¹⁹ Cf. CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. *Op. cit.*, v. 6, p. 281-282. No mesmo sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 64-65.

⁵²⁰ Vide item 7.6, *infra*.

⁵²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira (**Comentários...** *cit.*, p. 63) também faz relativa confusão entre sucessão e meação em comentários a esse dispositivo.

⁵²² A confusão que a lei faz, neste passo, entre meação e sucessão não é completa. Existe ainda uma pequena distinção entre os bens destinados à meação e aqueles destinados à sucessão do companheiro, sendo aquela mais restrita do que esta, em função dos bens excluídos da comunhão. Imagine-se, *v.g.*, que não haja contrato alterando o regime de bens da união (prevalecendo, portanto, o regime de comunhão parcial, nos termos do art. 1.725 do novo Código) e que o *de cuius* faleça deixando um bem que seja instrumento de profissão. Este bem não entrará na meação do companheiro sobrevivente, por força do art. 1.659, inciso

incompatibilidade entre as duas disposições. Nada impede que o companheiro tenha direito à meação e à herança. Mas esta será sempre⁵²³ sobre os bens adquiridos na constância da união a título oneroso. Luiz Felipe Brasil SANTOS dá claro exemplo do absurdo desta regra:

“Basta imaginar a situação de um casal, que conviva há mais de 20 anos, residindo em imóvel de propriedade do varão, adquirido antes do início da relação, e não existindo descendentes nem ascendentes. Vindo a falecer o proprietário do bem, a companheira não terá direito à meação e nada herdará. Assim, não lhe sendo mais reconhecido o direito real de habitação nem o usufruto, restar-lhe-á o caminho do asilo, enquanto o imóvel ficará como herança jacente, tocando ao ente público”⁵²⁴.

Fica evidente que não andou bem o legislador nessa primeira inovação, em prejuízo da situação do companheiro.

Na disposição do inciso I, concorrendo o companheiro com descendentes comuns⁵²⁵, terá direito a uma quota equivalente à de cada um destes⁵²⁶. Assim, a herança,

V, mas entrará no acervo a ser partilhado entre o companheiro e os demais sucessores do *de cuius*, já que, para a sucessão, não se fala em bens excluídos.

⁵²³ Ressalve-se a hipótese de haver testamento beneficiando o companheiro, quando então poderá este ser contemplado inclusive com bens anteriores à união. O “sempre” empregado no texto se refere apenas à sucessão legítima.

⁵²⁴ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. In: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 04/jun./2003.

⁵²⁵ Como nota PEREIRA, Caio Mário da Silva (*Op. cit.*, p. 157), deve-se entender que a referência correta é a “descendentes comuns”, não a “filhos comuns”, como consta textualmente do dispositivo. A tal conclusão se chega não somente pela oposição nítida que se pretendeu estabelecer entre os dois primeiros incisos – o segundo dos quais alude, de modo adequado, a descendentes não comuns –, como também pelo fato de que, se assim não for, os descendentes comuns mais remotos (netos, bisnetos, etc.) acabariam por enquadrar-se entre aqueles “outros parentes sucessíveis” de que fala o inciso III do art. 1.790, com isso produzindo resultados absurdos: basta imaginar que o cônjuge, se concorrer com muitos netos comuns (quatro ou mais), terá direito a um quarto da herança (art. 1.832), enquanto o companheiro, na mesma situação, receberia um terço, caso em que a lei teria, em iguais circunstâncias, conferido ao companheiro mais direitos que ao cônjuge. Também HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (*Da ordem... cit.*, p. 13) critica o dispositivo: “Registre-se que não há razão – no entender desta autora – que justificasse o fato de o dispositivo sob análise ter determinado concorrência com filhos (exclusivamente), no inciso I e ter determinado concorrência com descendentes (de qualquer grau), no inciso II. O legislador brasileiro deu, portanto, um tratamento preferencial ao companheiro sobrevivente quando se tratar de concorrência com os filhos comuns a ele e ao morto. Esta foi a opção do legislador civil brasileiro, ainda que sujeita a crítica, e ela passa a valer como paradigma para a exegese do regramento, pelo futuro doutrinador, bem como pelo futuro aplicador do direito, pelo tempo em que prosseguir em vigor o referido dispositivo de lei”. Em sentido contrário, DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 594-595) entende que “o legislador, de modo claro, pretendeu se referir aos filhos, exclusivamente, e não aos descendentes, e tanto assim que usou o termo duas vezes”, concluindo que, “na hipótese de haver apenas netos (ou descendentes em grau superior) comuns a ambos, os mesmos deverão ser enquadrados no inciso III, que se refere aos ‘outros parentes sucessíveis’”.

excluída a meação, será dividida em tantas partes quantos sejam os descendentes comuns, mais uma. Exemplificando: havendo três filhos comuns, a herança, excluída a meação, dividir-se-á em quatro partes iguais, ficando cada filho com uma parte e o companheiro com uma parte. Também não refere o dispositivo a possibilidade de ser outro o regime da união, com base no art. 1.725, quando então haverá distinção em relação ao cônjuge, tendo em vista que, para este, o art. 1.829, inciso I, faz discriminação de acordo com o regime de bens⁵²⁷.

Havendo bens adquiridos na constância da união e bens não comuns, esta divisão igualitária só se aplica aos primeiros; os demais bens serão divididos exclusivamente aos filhos. Não estabelece aqui a nova lei o mínimo de um quarto da herança ao companheiro, estabelecendo assim mais uma injustificável distinção entre a sucessão do companheiro e a sucessão do cônjuge (art. 1.832).

Pela disposição do inciso II, se concorrer com descendentes apenas do autor da herança, tocará ao companheiro a metade do que couber a cada um daqueles. Neste caso, então, havendo, por exemplo, dois filhos somente do *de cujus*, os bens comuns serão divididos em duas partes e meia, ficando cada filho com uma parte e o companheiro com meia parte. Os bens não comuns serão integralmente divididos entre os filhos do *de cujus*. Mas observe-se o defeito de redação da lei: é perfeitamente possível que, ao lado do companheiro, concorram, *v.g.*, filhos e netos do *de cujus*, sendo os netos convocados por direito de representação, dividindo a quota de um filho pré-morto. A metade a que se refere o texto legal deve ser calculada sobre a fração que couber aos descendentes chamados por direito próprio; havendo a simultânea vocação de filhos e netos (ou, eventualmente, de netos e bisnetos, ou filhos e bisnetos, ou até mesmo em graus mais distantes), a parte do

⁵²⁶ A lei fala em “quota equivalente à que **por lei** for atribuída ao filho”, sendo de se questionar o termo “por lei”, já que, como bem diz VENOSA, Sílvio de Salvo (Os direitos sucessórios na união estável. *In: Jornal Valor Econômico* Seção Legislação & Tributos, 19-21/abr./2002, p. E3), “não há herança que possa ser atribuída sem lei que o permita”. Esta expressão só pode ser entendida como limitando a equivalência à quota do filho na sucessão legítima, o que não leva o companheiro à condição de herdeiro necessário, como pensa o citado autor.

⁵²⁷ Neste sentido, escreve HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Da ordem... *cit.*, p. 12): “A sucessão de pessoas que vivam em união estável no momento de sua morte não dependerá, para a concorrência do companheiro com os demais herdeiros, da verificação do regime de bens adotado por contrato de convivência ou mesmo por forma tácita, acatando as regras do regime legal por força de disposição legal supletiva – ainda que esta opção legislativa pareça extremamente injusta, por desconsiderar a equalização entre cônjuge e companheiro, determinada pela Constituição Federal brasileira – mas dependerá, sim, da origem dos bens que compõem o acervo hereditário deixado pelo *de cujus*”.

companheiro deve corresponder à metade do que tocar singularmente a cada filho e à estirpe do filho pré-morto⁵²⁸.

Dificuldade pode se colocar quando houver filhos comuns e não comuns, o que Giselda HIRONAKA bem chamou de “filhos híbridos”⁵²⁹. Ter-se-ia, neste caso, que conjugar as disposições dos incisos I e II do art. 1.790, ou seja, ao companheiro caberia quota equivalente à dos filhos comuns e que fosse, ao mesmo tempo, de metade do que coubesse aos filhos não comuns. Ocorre, entretanto, que eles são incompatíveis entre si, em vista da necessidade de igualdade de quinhões entre os filhos⁵³⁰. Se o filho comum A recebe x e o filho não comum B recebe também x , como poderia o companheiro receber o mesmo que A (x) e a metade de B ($x/2$)? Não se pode aceitar a idéia que já vem sendo propugnada por alguns, de que a herança, num primeiro momento, seria partilhada igualmente pelos filhos, sem levar em consideração o companheiro, para, em seguida, os filhos comuns darem, de sua parte, aquilo que caberia ao companheiro⁵³¹. Estar-se-ia, aí, diminuindo o quinhão dos filhos comuns em relação aos não comuns, o que não se pode admitir. É igualmente inaceitável a tese de que se deveria dar ao companheiro uma quota e meia, equivalente à soma de uma quota do inciso I com meia quota do inciso II⁵³². Esta tese daria ao companheiro um acréscimo de quinhão absolutamente injustificável. Em face

⁵²⁸ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 158.

⁵²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Da ordem... cit.*, p. 13.

⁵³⁰ Escreve, a propósito, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (*Da ordem... cit.*, p. 14): “Parece mesmo não haver fórmula matemática capaz de harmonizar a proteção dispensada pelo legislador ao companheiro sobrevivente (fazendo-o receber o mesmo quinhão dos filhos que tenha tido em comum com o autor da herança) e aos herdeiros exclusivos do falecido (fazendo-os herdar o dobro do quanto dispensado ao companheiro que sobreviver)”.

⁵³¹ Esta idéia foi aventada oralmente por alguns dos alunos pós-graduandos em Direito Civil da USP, matriculados na disciplina “O novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02) – avanços e retrocessos”, regida pelo Professor Titular Rui Geraldo de Camargo Viana, durante seminário exposto pelo autor deste trabalho, não sendo possível identificar o autor da idéia. Esta tese é também mencionada em HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (*Da ordem... cit.*, p. 14-15), que objetiva: “Pode parecer, à primeira vista, que esta solução resolveria – com exemplar facilidade – o problema da partilha, aparentemente atendendo a todas as regras do CC de regência sobre o assunto. Contudo, a pergunta difícil de responder que fica é a seguinte: se esta for a solução buscada, onde residiria, dentro dela, aquele princípio que norteou o espírito do legislador, ao dar diferentes variáveis de concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes de um e de outro grupo (comuns ou exclusivos)? Porque, afinal, o que se vê das quotas hereditárias e partilháveis entre os filhos todos é que efetivamente elas são iguais, mas a quantia que se abateu da herança, para compor a quota do companheiro concorrente, foi retirada do monte-mor a todos eles idealmente atribuível, sem atentar para a diferença entre os filhos (como pretendeu diferenciá-los, para esse efeito, o legislador de 2002, nos incisos I e II do art. 1.790), diminuindo, igualmente, o quinhão de cada um deles, afinal de contas, para compor a quota hereditária do companheiro concorrente”.

⁵³² Tese mencionada em HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (*Comentários... cit.*, p. 61-62), mas não defendida pela autora.

da omissão da lei, parece-nos prevalecer, neste caso, a regra do inciso I, dividindo-se igualmente a herança por todos⁵³³. Também afigura-se-nos razoável o entendimento do Professor Gabriele TUSA no sentido de que se faça cálculos proporcionais ao número de filhos comuns e não comuns, achando-se, em proporções matemáticas, o meio termo entre a metade estabelecida no inciso II e a igualdade estabelecida no inciso I⁵³⁴, o que daria ao companheiro, *v.g.*, uma quota de setenta e cinco por cento da quota do filho comum se houvesse, na sucessão, apenas um filho comum e outro não comum, recebendo o companheiro o equivalente a aproximadamente vinte e sete por cento da herança, dividindo os dois filhos o restante igualmente.

Há apenas uma situação em que a posição do companheiro é mais vantajosa do que a do cônjuge nas mesmas condições: não havendo bens particulares, e concorrendo com descendentes (comuns ou não comuns), o companheiro recolherá parte da herança, o que não ocorre com o cônjuge, seja o casado com comunhão universal, seja no regime de comunhão parcial⁵³⁵, que nada recebe nessas condições, o que não deixa de configurar mais uma discriminação injustificada.

Diz o inciso III do art. 1.790 que, se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Trata-se de mais uma injustificável discriminação do companheiro em relação ao cônjuge, e, mais ainda, uma injustificável redução no direito hereditário do companheiro. Com efeito, neste inciso, o companheiro é preterido inclusive pelos colaterais, o que é um grande absurdo⁵³⁶. Ademais, se o companheiro ou a companheira concorre só com pai ou só com mãe do *de cujus* ou com

⁵³³ No mesmo sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. Os direitos... *cit.*, p. E3; SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos companheiros... *cit.*; DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. *Op. cit.*, p. 167. Embora HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (**Comentários...** *cit.*, p. 61) não concorde com a aplicação do inciso I neste caso, dizendo que estar-se-ia neste caso igualando os filhos comuns aos não comuns, ousamos, *data venia*, dela discordar. Entendemos que não se trata de igualar os filhos (estes já são igualados pela Constituição de 1988), mas de dar solução benéfica ao companheiro, à míngua de solução legal compatível, igualando ao tratamento dado ao cônjuge.

⁵³⁴ Este entendimento foi-nos comunicado pelo citado Professor por e-mail, não estando estampado em qualquer obra sua, publicada ou inédita. No mesmo sentido, com fórmulas matemáticas um pouco mais complicadas: SCHLÖSSER, Gustavo M.; COLLYER, Wesley S. *Op. cit.*, p. 3.

⁵³⁵ A exceção fica por conta apenas do regime de participação final nos aqüestos, em face da já referida omissão do art. 1.829, inciso I.

⁵³⁶ Embora não concordemos com VELOSO, Zeno (Do direito sucessório..., p. 236; Direito sucessório... *cit.*, p. 287), quando diz que “já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º. grau”, somos com ele concordes de que a preterição estipulada na lei é sem sentido.

ascendentes de maior grau (avós, bisavós etc.), recebe apenas um terço, enquanto que, se casado fosse, receberia metade da herança.

Somente não havendo colaterais, recolherá o companheiro a totalidade⁵³⁷ da herança (inciso IV), lembrando sempre que a lei limita o direito do companheiro aos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso. Embora Luiz Felipe Brasil SANTOS fale em antinomia entre o *caput* e o inciso IV, falando em “interpretação construtiva” para entender que, no caso do inciso IV, não haveria o limite aos bens adquiridos na constância da união e a título oneroso⁵³⁸, em nosso entender, tal interpretação é inadmissível *de lege lata*. Embora injusta a lei, não vemos como dela extrair tal interpretação, não obstante se tratar de uma excelente solução *de lege ferenda*. A “totalidade da herança”, como diz Zeno VELOSO, é da herança a que está autorizado o companheiro sobrevivente a concorrer⁵³⁹. Como bem nota Luís Paulo Cotrim GUIMARÃES, “o art. 1.790 do NCC, ao explicitar as regras sucessórias daqueles que vivem em união estável, vinculou todos os quatro incisos, sistematicamente, ao conteúdo de seu comando central, o *caput*, que restringe, assim, a entrega do monte hereditário aos bens adquiridos onerosamente durante a convivência”⁵⁴⁰. Ou seja, a herança será parcialmente vacante se, mesmo havendo companheiro, não tiver o *de cuius* deixado outros herdeiros, deixando, contudo, bens anteriores à união ou adquiridos a título gratuito. Não

⁵³⁷ Lembra bem ALMEIDA, José Luiz Gavião de (*Op. cit.*, p. 72) que a “totalidade” não inclui os bens que foram dispostos em testamento. Ou seja, a “totalidade” se refere aos bens da herança legítima.

⁵³⁸ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos companheiros... *cit.* No mesmo sentido: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 69. PEREIRA, Caio Mário da Silva *Op. cit.*, p. 156), assim também entendendo, chega a dizer que se deve interpretar a expressão “herança”, constante dos nºs. III e IV do art. 1.790, em seu sentido próprio, mais abrangente do que “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Mas tal entendimento não colhe, pois também o inciso II fala em “herança”, e nem por isso aí se interpreta o termo diferentemente do inciso I.

⁵³⁹ VELOSO, Zeno. Direito sucessório... *cit.*, p. 284.

⁵⁴⁰ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Direito sucessório do convivente e o enriquecimento sem causa do poder público. In: **Consulex**. Brasília, 31/jul./2003, v. 157, p. 53. No mesmo sentido é a opinião de RODRIGUES, Silvio (**Direito civil...** *cit.*, v. 7, p. 117-118); GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (*Op. cit.*, p. 47); MONACO, Gustavo Ferraz de Campos (*Op. cit.*, p. 331); PEREIRA, Caio Mário da Silva (*Op. cit.*, p. 156); DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 591) e OLIVEIRA, Euclides Benedito de (*Op. cit.*, p. 168).

socorre a redação do art. 1.844⁵⁴¹, que deve ser interpretado também em consonância com o *caput* do art. 1.790⁵⁴².

A crítica da doutrina é veemente, chegando Luís GUIMARÃES a falar em inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa ao princípio constitucional da isonomia do núcleo familiar (princípio que, *data venia*, cremos não existir⁵⁴³) e por enriquecimento ilícito do Estado⁵⁴⁴. Semelhantemente fala em inconstitucionalidade do dispositivo Aldemiro Rezende DANTAS JÚNIOR, por tratar o dispositivo o companheiro como se fosse integrante de uma família de segunda categoria⁵⁴⁵. Como diz Zeno VELOSO, “não há quem possa, em sã consciência, defender ou sustentar esta decisão legal, que chega às raias do absurdo. O art. 1.790 do CC é um dispositivo cruel e incosequente”⁵⁴⁶. Talvez apenas Eduardo de Oliveira LEITE tenha visto algum avanço nesta regra⁵⁴⁷.

À semelhança do que dissemos em relação ao cônjuge⁵⁴⁸, para o companheiro também há quem entenda haver direito de acrescer em caso de renúncia dos herdeiros das primeiras classes⁵⁴⁹. Mas, igualmente, sem razão. Como já dissemos para o cônjuge, o companheiro não integra propriamente a classe dos descendentes, mas apenas

⁵⁴¹ “Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

⁵⁴² Invocando a regra do art. 1.844 para dar ao companheiro herança integral, sem observância do *caput* do art. 1.790, vide, entre outros: DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Op. cit.*, p. 181-182.

⁵⁴³ Vide, a propósito, nota de rodapé n.º. 512, supra.

⁵⁴⁴ GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *Op. cit.*, p. 54.

⁵⁴⁵ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Op. cit.*, p. 539. O autor acrescenta adiante (*Op. cit.*, p. 582) que “curiosamente, é exatamente quando se verifica que a nossa sociedade, diante das salutares inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, passou a aceitar sem maiores traumas ou questionamentos a família formada com suporte na união de fato, que vem o legislador do novo Diploma Civil a tratar essa família como se fosse de segunda categoria, colocando os companheiros em posição substancialmente inferior à do cônjuge”.

⁵⁴⁶ VELOSO, Zeno. *Direito sucessório... cit.*, p. 284.

⁵⁴⁷ Diz o autor, textualmente: “O novo Código pois, frise-se, não retrocedeu, mas endossou e, de certa forma, alargou a proposta constitucional, na medida em que procurou equiparar a união estável ao casamento quando é sabido, e bem sabido, que em momento algum o constituinte de 1988 pretendeu igualar as duas realidades jurídicas. Para tanto, como também já afirmamos em diversos trabalhos, basta considerar o claríssimo teor do parágrafo 3.º do art. 266 da Constituição de 1988” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários... cit.**, p. 51).

⁵⁴⁸ Item 5.2, supra.

⁵⁴⁹ Neste sentido, escreve PEREIRA, Caio Mário da Silva (*Op. cit.*, p. 161), na atualização de Carlos Roberto Barbosa MOREIRA: “Em qualquer das hipóteses em que deva concorrer com parentes do falecido, o companheiro fará jus ao direito de acrescer (art. 1.810), se qualquer deles renunciar... Não há como deixar de reconhecer a existência de ‘classes’ no art. 1.790, compostas, nos dois primeiros incisos, por descendentes e companheiro, e, no terceiro, pelos demais parentes sucessíveis e companheiro”.

concorre com eles. Portanto, havendo renúncia de todos descendentes, passa-se à segunda classe, concorrendo o companheiro com os ascendentes.

Discutível é a manutenção do direito real de habitação estabelecido para os companheiros no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 9.278/96 e não repetido pelo novo Código, embora tenham os cônjuges semelhante direito (art. 1.831). Não tendo havido revogação expressa da lei, defendem a manutenção do dispositivo Sílvio VENOSA⁵⁵⁰, Zeno VELOSO⁵⁵¹, Giselda HIRONAKA⁵⁵² e Eduardo de Oliveira LEITE⁵⁵³. Há também quem entenda tratar-se referido dispositivo de norma especial, prevalecendo sobre o novo Código, que seria lei geral⁵⁵⁴. Embora *de lege ferenda* pudéssemos concordar (e defender) a permanência do direito de habitação para o companheiro, não nos parece, *data venia*, que lhes assista razão. A nova lei regula por completo a sucessão do companheiro e, embora possamos ver nisto um grande defeito da lei, o fato é que não lhe concede o direito real de habitação, pelo que nos parece estar tacitamente revogada a Lei da União Estável⁵⁵⁵, revogação esta baseada no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁵⁶. Ademais, como adverte Gustavo NICOLAU, “se o legislador sentiu a necessidade de incluir o direito real de habitação nesse projeto [Projeto de Lei nº. 6.960/02, do Deputado Ricardo Fiúza], é sinal de que com a atual redação do Código esse direito inexistente”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Os direitos... *cit.*, p. E3. Contraditoriamente, afirma o autor, mais adiante, estarem revogados os dispositivos da Lei nº. 8.971/94 sobre o direito hereditário do companheiro ou da companheira, por estar a matéria disciplinada no art. 1.790 do novo Código.

⁵⁵¹ VELOSO, Zeno. Direito sucessório... *cit.*, p. 282.

⁵⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência... *cit.*, p. 427.

⁵⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários...** *cit.*, p. 228-231. Este autor, inclusive, questiona a possibilidade de concorrência do direito do companheiro com o do cônjuge, apontando solução baseada na data da aquisição do imóvel: “Se o único imóvel fora adquirido na constância do casamento, não há dúvida que a habitação deferir-se-ia ao cônjuge sobrevivente, independente da eventual meação; se, ao contrário, fosse resultado da união estável, competiria ao companheiro sobrevivente (igualmente, sem prejuízo das demais vantagens já asseguradas pela legislação infraconstitucional)”.

⁵⁵⁴ Neste sentido: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6, p. 110; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Op. cit.*, p. 164.

⁵⁵⁵ Neste sentido: GONTIJO, Segismundo; GONTIJO, Juliana. Sucessão – regras gerais do novo CC. *In: <http://www.gontijo-familia.adv.br>*. Acesso em: 04/jun./2003; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Op. cit.*, p. 170; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 58-59 e 222; CORRÊA, Estêvão Lourenço. O novo Código Civil e o direito sucessório do(a) companheiro(a). *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 12/dez./2004, p. 9.

⁵⁵⁶ Poder-se-ia questionar: a revogação tácita se dá por incompatibilidade ou por ter a nova lei regulado inteiramente a matéria? Parece-nos evidente não haver propriamente incompatibilidade da lei anterior com a nova. A revogação, em nosso modo de ver, se dá por ter a nova lei regulado inteiramente a matéria sucessória do companheiro.

⁵⁵⁷ NICOLAU, Gustavo. *Op. cit.*, p. 7.

Há até quem pretenda estar em vigor ainda o usufruto vidual previsto para o companheiro na Lei nº. 8.971/94⁵⁵⁸, o que nos parece inadmissível, não só por estar tal lei revogada, mas também porque estar-se-ia dando ao companheiro direitos superpostos.

Não arrolou o novo Código o companheiro como herdeiro necessário, o que se trata de mais um grande defeito, tendo em vista não haver razão para a discriminação em relação ao cônjuge. Embora já se tenha entendido poder incluir o companheiro com base na interpretação do art. 1.850⁵⁵⁹, não cremos que tenha sido esta a intenção do legislador⁵⁶⁰. Embora a questão seja ainda divergente, cremos não ser o companheiro herdeiro necessário no direito hoje em vigor⁵⁶¹, o que é mais uma injustificável distinção em relação ao cônjuge.

Posto que não esteja dito na lei, entende-se que somente tem direito hereditário o companheiro (ou a companheira) quando a união estável ainda existia no momento do óbito⁵⁶². Caso contrário, poder-se-ia inclusive ter várias concubinas pleiteando os direitos hereditários do mesmo companheiro, por terem tido, cada uma, união estável com o *de cuius*, em fases diversas da vida da pessoa que faleceu. Embora esta condição seja lógica, teria sido adequado que o legislador a incluísse de modo explícito na lei⁵⁶³. Mas, como nota Caio Mário PEREIRA, “será irrelevante, todavia, o fato de os companheiros se acharem separados por motivos estranhos à vontade de ambos, como no caso (na prática, não de todo raro) em que parentes do *de cuius* o tenham removido de sua

⁵⁵⁸ Assim: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 48.

⁵⁵⁹ “Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

⁵⁶⁰ No mesmo sentido: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (*Op. cit.*, p. 148), que diz que “houve lapso do legislador na redação do art. 1.850 do CC, ou seja, o legislador disse menos do que queria”.

⁵⁶¹ Neste sentido: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 152; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Op. cit.*, p. 252; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Op. cit.*, p. 338. Entendendo ser o companheiro herdeiro necessário, manifestou-se Carlos Roberto Barbosa MOREIRA, em atualização à obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 162-168, e DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 583-584, 590), que entende, em consequência, que o companheiro pode ser deserddado.

⁵⁶² Neste sentido, escreve PEREIRA, Caio Mário da Silva (*Op. cit.*, p. 157): “Deve-se ressaltar, antes da análise das várias normas contidas no art. 1.790, que, apesar do silêncio da lei, a vocação do companheiro está condicionada a que a união estável seja atual, isto é, tenha perdurado até a abertura da sucessão”.

⁵⁶³ Cf. WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 81.

residência habitual, aproveitando-se de moléstia grave (ou de outra situação que o fragilize) e com o malicioso propósito de descaracterizar a união estável”⁵⁶⁴.

Tendo em vista o absurdo de tais disposições, o Projeto de Lei nº. 6.960/02, do Deputado Ricardo Fiúza, pretende alterar significativamente este dispositivo, sob o correto argumento de que “o art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado com a legislação até então em vigor - Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96”, passando a constar:

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III - em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

Preserva, contudo, o texto projetado a discriminação em relação ao cônjuge. O ideal seria simplesmente revogar este artigo 1.790, acrescentando a referência ao companheiro nos dispositivos que se referem à sucessão do cônjuge⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 157. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 583) também é de semelhante pensar: “De qualquer forma, parece-nos que essa questão do direito sucessório do companheiro deve ser vista com muito bom senso, em cada caso concreto, ao se considerar se a união estável estava ou não extinta. Assim, por exemplo, suponha-se que os companheiros mantiveram uma longa convivência, durante vinte anos. Em uma sexta-feira, após áspera discussão, um deles resolve sair de casa e vai dormir em um hotel. No dia seguinte, sábado, um desses companheiros vem a falecer. Parece-nos evidente que, em tal caso, não se pode considerar que já estava extinta a união estável entre ambos, de modo a ser negado o direito sucessório ao sobrevivente”.

⁵⁶⁵ No mesmo sentido se manifestou MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Op. cit.*, p. 339.

6.6. Administração e Inventariança ao Companheiro

Ao contrário do cônjuge, ao qual já referimos⁵⁶⁶, o companheiro nunca teve, assegurado na lei, direito à inventariança ou à administração dos bens. Não obstante, juntamente com a evolução jurisprudencial do instituto operada no século XX, como referido⁵⁶⁷, a jurisprudência reconheceu também o direito do companheiro à inventariança, assim como ao cônjuge⁵⁶⁸, exigindo, contudo, comprovação da união estável⁵⁶⁹. Embora

⁵⁶⁶ Itens 3.2, 3.5 e 3.6, supra.

⁵⁶⁷ Item 6.1, supra.

⁵⁶⁸ Neste sentido: “Inventariante. Pedido de afastamento negado em 1º. grau. Pretensão buscada em 2º. grau. Impossibilidade na espécie. Agravo desprovido. Se o juiz do inventário manteve o inventariante em decisão suficientemente fundamentada, analisando todas as questões postas a seu exame, tudo recomenda que se mantenha essa decisão até ulterior deliberação, até porque as acusações lançadas contra o inventariante não se acham suficientemente demonstradas e, ademais, novo herdeiro passou a reivindicar essa posição, pretensão ainda não analisada em 1º. grau. Não se tratando de concubina, porém de convivente ‘more uxorio’ obstáculo não há a que sirva como inventariante, por ser a única a estar de posse do imóvel inventariado e, também, por possuir filho, herdeiro legítimo do ‘de cujus’” (TJPR – 5ª. Câmara Cível – Agravo nº. 84874000 – Relator: Desembargador Fleury Fernandes – julgado em 12/dez./2000 – In: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 10/jan./2005. “Inventário. Remoção de inventariante. Detém a companheira, com quem o falecido convivia ao tempo da abertura da sucessão, legitimidade para o exercício da inventariante [*rectius*: inventariança], a teor dos arts. 990, I, do CPC e 226, par. 3, da CF. Agravo conhecido e desprovido” (TJRS - 7ª. Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº. 70004028247 – Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias – julgado em 05/jun./2002 – In: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 24/jan./2005). “Processual civil. Inventário por morte. Pedido de nomeação de inventariante formulado pela companheira da autora da herança. – Sendo público e notório que a requerente mantinha estreito relacionamento com a Autora da herança, e estando ela com a guarda provisória do único herdeiro, menor impúbere, bem assim como com a administração dos bens deixados por morte de sua companheira, afigura-se como conseqüência lógica a sua nomeação para exercer a inventariança, até porque parte desse patrimônio pertence à própria requerente. – Embora inexistente previsão legal regulando o convívio de pessoas do mesmo sexo, não pode o Poder Judiciário ignorar que tais fatos existem e produzem certos efeitos jurídicos. Se a realidade social ainda não foi inteiramente captada pelo legislador ordinário, cabe ao Juiz, na lacuna da lei, aplicar a analogia, utilizando a legislação que disciplina a convivência de pessoas de sexo oposto, na medida do tolerável de pessoas de sexo oposto, na medida do tolerável pela cultura contemporânea. – Agravo provido” (TJRS - 9ª. Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº. 2002.002.04276 – Relator: Desembargador Laerson Mauro – julgado em 11/maio/2004 – In: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 24/jan./2005). “Inventariante. Nomeação de companheira, esposa eclesiástica. Não contraria o artigo 990 do Código de Processo Civil, que não se reveste de caráter absoluto, a decisão que mantém como inventariante a pessoa que, casada pelo religioso com o extinto, com ele viveu, em união familiar estável, durante longos anos, tendo o casal numerosos filhos. Improcedência da impugnação manifestada por alguns dos filhos do leito anterior. Interpretação a mais razoável da lei federal” (STJ – 4ª. Turma – Recurso Especial nº. 520 – Relator: Ministro Athos Carneiro – julgado em 12/set./1989 – DJ 04/dez./1989 – In: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27/jan./2004). “Inventário. Sucessão aberta na vigência do novo Código Civil. Nomeação da companheira como inventariante. Agravo. Alegação de caber a inventariança a herdeiro legítimo, colateral, que está na posse e administração da herança e risco de dilapidação do patrimônio. Liminar deferida em cautelar de arrolamento de bens. Prova de participação efetiva da companheira na formação do patrimônio. Recurso improvido” (TJSP - 4ª. Câmara de Direito Privado – Agravo de Instrumento nº. 305.871.4/2-00 – Relator: Desembargador Olavo Silveira – julgado em 30/out./2003 – In: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 27/jan./2004). “Inventário – ...Nomeação da companheira como inventariante – Admissibilidade, na

houvesse entendimento no sentido de seguir-se a regra do art. 990 do Código de Processo Civil a risca⁵⁷⁰, prevaleceu o entendimento pelo cabimento da nomeação do companheiro como inventariante.

As Leis n^{os}. 8.971/94 e 9.278/96 não se preocuparam com esta questão. O novo Código Civil inova nesta matéria, dando ao companheiro, assim como ao cônjuge, direito à administração provisória dos bens, até que seja nomeado inventariante, nos termos do já citado art. 1.797. Ou seja, o companheiro, assim como o cônjuge, tem primazia no direito à administração dos bens do monte hereditário do *de cuius*, até que seja nomeado inventariante.

Seria de se questionar quem tem direito à administração no caso de haver cônjuge e companheiro, se se admitir a constitucionalidade do art. 1.723, § 1^o., do novo Código⁵⁷¹. A melhor solução para o impasse, como já dissemos, é inadmitir a concorrência de cônjuge e companheiro, taxando esta norma de inconstitucional. Entretanto, se assim não se entender, admitindo-se a concorrência de cônjuge e companheiro, a se interpretar

espécie, tendo o casal somente filhas menores e não constando haja outro herdeiro, além destas” (TJSP - 10^a. Câmara de Direito Privado – Agravo n^o. 235.140-4/2 – Relator: Desembargador Quaglia Barbosa – julgado em 11/jun./2002 – In: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 27/jan./2004).

⁵⁶⁹ Neste sentido: “Inventário. Nomeação de inventariante. Concubina. Necessidade de reconhecimento judicial da união estável, ou prova inequívoca de sua existência. Oposição dos herdeiros. A existência de união estável, para gerar os efeitos do art. 226 da CF, condiciona-se ao específico reconhecimento, em procedimento judicial declaratório, habilitando-se a mulher, dantes companheira do *de cuius*, a assumir a postura de inventariante, como meeira ou herdeira universal do parceiro falecido. Inexistindo aludido reconhecimento judicial, ou prova inequívoca da união estável, que não se coaduna com a oposição dos herdeiros, inviável a nomeação da concubina para exercer o *munus* da inventariança. Agravo improvido” (TJRS - 7^a. Câmara Cível – Agravo de Instrumento n^o. 70000278010 – Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos – julgado em 24/nov./1999 – In: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17/jan./2005). “Agravo de instrumento. Inventário. Legitimidade da convivente para sua abertura e nomeação como inventariante. A legitimidade da convivente para pleitear a abertura do inventário dos bens ficados por falecimento daquele que afirma haver sido o seu companheiro e sua nomeação como inventariante decorre da sentença declaratória reconhecendo o casamento de fato, o que implica a carência, no caso, do pleito da recorrente, já que este se funda em meras alegações. Agravo não provido” (TJRS - 8^a. Câmara Cível – Agravo de Instrumento n^o. 70000161174 – Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz – julgado em 28/out./1999 – In: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 17/jan./2005).

⁵⁷⁰ Neste sentido: “INVENTÁRIO - Nomeação de inventariante - Concubina - Herdeiro necessário. A decisão que nomeia inventariante é agravável independentemente da interposição da reclamação para o próprio Juízo prevista no artigo 1.000, II do CPC. Embora exista um entendimento consagrado na doutrina de que o Juiz não está obrigado a seguir a ordem prevista no CPC, a nomeação de quem não é herdeiro para exercer a inventariança só deverá ocorrer acaso inexistir algum deles em condições de exercer o ‘munus’. Por via de consequência, existindo herdeiro necessário que demonstrou interesse em exercer o encargo, ao abrir o inventário, não se justifica a sua preterição em favor da concubina do falecido, pelo simples fato de morar em Comarca distanciada” (TJRJ – Agravo de Instrumento n^o. 2.553 – Relator: Desembargador Afrânio Sayão – julgado em 07/nov./1996 – DJU 14/ago./1997 – In: **Jurid 8.0 publicações eletrônicas**).

⁵⁷¹ Questionamos a constitucionalidade desta disposição no item 6.5, supra.

literalmente a regra do art. 1.797, inciso I, a preferência para a administração da herança caberá ao companheiro, já que o cônjuge, por estar separado de fato do *de cuius* (do contrário não se poderá falar em companheiro, não se aplicando a permissão do art. 1.723, § 1º.), não estará com ele convivendo ao tempo da abertura da sucessão. Mas, como já dissemos, essa interpretação literal deve ser afastada, mantendo-se a orientação jurisprudencial no sentido de que o cônjuge não perde tal direito se não foi culpado pela separação de fato. Neste caso, estabelece-se o conflito, que não tem solução na lei. Parece-nos que, para resolver tal problema, deve-se entender ter direito à administração quem já estava de fato na administração dos bens. Com efeito, nada mais razoável do que manter a situação de fato que já se verificara, não sendo recomendável alterar essa situação a não ser que haja motivo ponderável para tanto. No entanto, o ideal é que se altere a lei para evitar tal conflito.

Quanto à inventariança propriamente dita, na omissão do art. 990 do Código de Processo Civil, e nada tendo o novo Código Civil disposto a respeito, deve permanecer válido o entendimento jurisprudencial que permite ao companheiro a inventariança, nas mesmas condições do cônjuge estabelecidas no inciso I do citado art. 990, ou seja, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo de sua morte. Deve ser aplicado ao companheiro o entendimento mitigador que mencionamos quanto ao cônjuge⁵⁷², qual seja: não tendo o companheiro culpa pela separação de fato⁵⁷³, não perderá ele o direito à inventariança.

6.7. Conclusões Sobre o Direito Sucessório do Companheiro

A evolução do direito sucessório dos companheiros é mais marcante em relação ao cônjuge: parte-se de uma proscrição absoluta de qualquer direito para, aos poucos, reconhecer-se a legitimidade da união extramatrimonial, em princípio como mera

⁵⁷² Item 3.2, *supra*.

⁵⁷³ Embora não haja previsão para separação judicial (no sentido de dissolução da sociedade conjugal) entre companheiros, a expressão “separação de fato” está aqui colocada com a intenção de que não tenha havido

sociedade de fato; depois, como verdadeira forma de constituição de família, ao lado do casamento e da chamada família monoparental. Tal reconhecimento traz em seu bojo, coerentemente, o acesso ao direito sucessório entre os companheiros, consagrado pelas Leis nºs. 8.971/94 e 9.278/96, direito este que sofreu regresso no novo Código Civil.

O principal defeito do novo Código em matéria sucessória, como vimos, diz respeito justamente à sucessão do companheiro. Embora explicável por razões históricas, o fato é que o novo Código consagrou um retrocesso inaceitável ao direito sucessório dos companheiros, além de uma infeliz distinção em relação ao direito dos cônjuges. Urge suprimir a distinção, igualando, nesta matéria, cônjuge e companheiro, já que nada justifica a diferença de tratamento. Daí a nossa proposta, ao final deste trabalho, de revogação do art. 1.790 do novo Código, com acréscimo da referência ao lado do cônjuge em todos os dispositivos que tratam da sucessão deste, inclusive acrescentando o companheiro como herdeiro necessário⁵⁷⁴.

Faz-se mister, ainda, deixar claro na lei que o companheiro só tem direito sucessório se o *de cujus* falecer enquanto persistir a união, nos moldes da regra prevista para o cônjuge (art. 1.830), que a união seja exclusiva, bem como que há necessidade de sentença judicial transitada em julgado que reconheça a união estável. Ademais, deve-se excluir do art. 1.723, § 1º., a possibilidade de caracterização da união estável para uma pessoa casada e meramente separada de fato de seu cônjuge, dispositivo que, como vimos, é inconstitucional e gera uma série de conflitos.

A jurisprudência acresceu aos companheiros o direito a ser nomeado inventariante. Embora esse direito não tenha ainda sido consagrado na lei (sendo necessário que o seja), o novo Código já lhe deu direito equivalente: o de administrar a herança até que seja nomeado inventariante.

ainda dissolução da união estável, com conseqüente partilha de bens, o que desabilitaria o companheiro à sucessão e, obviamente, à inventariança.

⁵⁷⁴ Também assim defende AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 371.

7. BREVE INCURSÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO: TENTATIVA DE EXTRAÇÃO DE TENDÊNCIAS MODERNAS PARA O TEMA

7.1. Direito Português

Em 1º. de julho de 1867 foi promulgado o primeiro Código Civil português, fortemente inspirado pelo Código francês de 1804, substituindo definitivamente as Ordenações Filipinas e toda legislação extravagante. Foi, segundo Haroldo VALLADÃO, excessivamente teórico, conservador, não muito fiel às tradições lusitanas⁵⁷⁵. Tratou ele da sucessão legítima no Capítulo III do Título II do Livro III, que cuidava Dos direitos que se adquirem por mero fato de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei⁵⁷⁶. O art. 1.969 trazia a ordem de vocação hereditária: descendentes, ascendentes, salvo o disposto no art. 1.236⁵⁷⁷, irmãos e seus descendentes, cônjuge sobrevivente, “transversais” não compreendidos no nº. 3 (irmãos e seus descendentes), até o sexto grau, Estado, salvo o disposto no art. 1.663⁵⁷⁸.

Posteriormente, a lei de 31 de dezembro de 1910 (arts. 6º. e 9º.), seguindo a Lei Feliciano Pena, alterou esta ordem, dispondo: em primeiro lugar, os

⁵⁷⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 53.

⁵⁷⁶ Para esta e todas as demais referências ao Código Civil português de 1867, utilizou-se a 2ª. edição publicada em 1947 em Lisboa pela Ferin.

⁵⁷⁷ “Art. 1.236 (Sucessão dos filhos de anterior matrimônio do bígamo). Se ao bígamo ficarem de algum dos filhos de qualquer matrimônio bens que este filho houvesse herdado do seu falecido pai ou mãe, ou dos ascendentes destes, e existirem irmãos germanos do filho falecido ou descendentes de irmãos germanos falecidos, a estes pertencerá a propriedade dos mesmos bens, e o pai ou mãe só terá o usufruto”.

⁵⁷⁸ “Art. 1.663 (Direito de sucessão no prazo). Na falta de herdeiros testamentários, ou legítimos do último foreiro, será o prédio devolvido ao senhorio”.

descendentes; em segundo, os ascendentes; em terceiro, o cônjuge sobrevivente, que não se ache divorciado, nem judicialmente separado; em quarto, os colaterais, até o sexto grau; em quinto, a Fazenda Nacional⁵⁷⁹. Entretanto, o Decreto nº. 19.126, revogando a citada lei, restabeleceu a ordem do art. 1.969, ajuntando-lhe, contudo, o parágrafo único⁵⁸⁰, bem como instituindo o usufruto viual em favor do cônjuge se não houvesse descendentes e ascendentes do *de cujus* no parágrafo único do art. 2.003⁵⁸¹.

O Código Civil português em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei nº. 47.344, de 25 de novembro de 1966, em substituição ao Código de 1867, trata das sucessões no Livro V, após a Parte Geral (Livro I), as Obrigações (Livro II), o Direito das Coisas (Livro III) e o Direito de Família (Livro IV). Este Livro V é dividido em quatro Títulos, que tratam, respectivamente, Das sucessões em geral, Da sucessão legítima, Da sucessão legitimária e Da sucessão testamentária. O Título II, que trata da sucessão legítima, é dividido em seis Capítulos, sendo o primeiro de disposições gerais e os demais, cada qual correspondendo a um grau na ordem de vocação hereditária. A grande maioria dos artigos relativos à sucessão legítima está com a redação determinada pelo Decreto-Lei nº. 496, de 25 de novembro de 1977, que melhorou significativamente a posição do cônjuge, sendo objeto de grande crítica na doutrina⁵⁸².

⁵⁷⁹ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código... cit.*, p. 790.

⁵⁸⁰ “Parágrafo único. Nos casos dos nºs. 1º, 2º e 3º, consideram-se como bens próprios do cônjuge sobrevivente os gêneros e frutos colhidos ou pendentes, destinados e necessários ao consumo do casal, desde que à data da abertura da herança não haja pendente ou julgada ação de divórcio ou de separação de pessoas e bens”.

⁵⁸¹ “Parágrafo único. Na falta de descendentes e ascendentes, nos termos dos arts. 2.000 e 2.002, o cônjuge sobrevivente será usufrutuário da herança do cônjuge falecido, se ao tempo da morte deste não estivessem divorciados ou separados de pessoas e bens, com sentença transitada em julgado”.

⁵⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira (*Direito civil... cit.*, p. 29) diz que “o Decreto-Lei nº. 496/77, de 25 de Novembro, é marcado pela hostilidade à família de sangue” e leva “para além de toda a razoabilidade a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente”. Acrescenta adiante (*Direito civil... cit.*, p. 353) que “o esquema do usufruto legitimário era muito mais simples e correspondia melhor aos interesses práticos”. No mesmo sentido, CORTE-REAL, Carlos Pamplona (*Direito da família e das sucessões*, v. 2, nºs. 252 e 104, p. 176 e 70. *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 145) escreveu que o Decreto-Lei nº. 496/77 seria “obstinadamente apegado a uma valorização da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, em termos realmente injustificados na sua amplitude” e que melhor teria sido atribuir à viúva e ao viúvo “uma posição de sucessível legitimário, mas como usufrutuário da respectiva quota”, solução “incontestavelmente mais adequada a uma justa harmonização dos interesses e valores em causa”. Também se censurou a nova lei ao argumento de que “transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro é, ao arrepio das tendências que temos vindo a descrever e da lógica, acentuar ainda mais a comunhão patrimonial perante um casamento cada vez mais flexível e cada vez mais temporário” (CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direito da família e das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 605).

O art. 2.132º. do Código Civil português enuncia genericamente que os herdeiros legítimos são o cônjuge, os parentes e o Estado, dando o artigo seguinte (art. 2.133º.) a ordem de vocação hereditária: a) cônjuge e descendentes; b) cônjuge e ascendentes; c) irmãos e seus descendentes; d) outros colaterais até o quarto grau; e) Estado. Acrescenta, no item 2, que o cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe. Essa ordem é objeto de duras críticas da doutrina portuguesa, como se lê em José de Oliveira ASCENSÃO:

“Mas a verdade é que, se não houver ascendentes nem descendentes, não se pode dizer que o cônjuge integra a 1ª. classe sucessória – a pertença à 1ª. classe não pode estar condicionada ao fato de não haver ascendentes, que integram a 2ª. classe. Para melhor esclarecimento sistemático – e sem que isto traga nenhuma discrepância quanto ao regime – melhor fora distinguir três classes sucessórias: 1ª. caracterizada pela concorrência de descendentes, haja ou não cônjuge; 2ª. caracterizada pela presença de ascendentes, haja ou não cônjuge; 3ª. integrada pelo cônjuge somente, pressupondo-se que não concorrem descendentes nem ascendentes”⁵⁸³.

Realmente a disposição é falha, melhor tendo feito o novo legislador brasileiro neste aspecto, criando classe própria para o cônjuge, em caso de falta de descendentes e de ascendentes. E a confusão é aumentada pelo art. 2.141º., que diz que, “na falta de descendentes sucede o cônjuge, sem prejuízo do disposto no Capítulo seguinte”, Capítulo este que trata da concorrência do cônjuge com o ascendente. Somente o art. 2.144º. esclarece que, “na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da herança”.

A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança (art. 2.139º., 1). Na concorrência com os ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes, uma terça parte da herança (art. 2.142º., 1).

O art. 2.103º.-A dá ao cônjuge sobrevivente direito a ser encabeçado, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada da família e no direito de

⁵⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil... cit.**, p. 343-344.

uso do respectivo recheio⁵⁸⁴, devendo tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver, direito este que caduca se o cônjuge não habitar a casa por prazo superior a um ano. Como nota José de Oliveira ASCENSÃO, o referido artigo é categórico, não atribuindo a casa ou o recheio, mas o direito de habitação da casa de morada ou o direito de uso do recheio. Por isso, se na partilha a titularidade destes bens pertencer ao cônjuge, dá-se a consunção dos direitos de uso e habitação, pelo que não haverá que entrar então em conta com estas atribuições⁵⁸⁵.

O cônjuge é, ademais, considerado herdeiro necessário (chamado em Portugal de legitimário – art. 2.157º.), tendo sua legítima fixada em metade da herança (art. 2.158º.), sendo que, para os demais legitimários, a legítima varia entre um terço e dois terços (arts. 2.159º. a 2.161º.).

Convém mencionar, ainda, que o art. 2.018º., que se encontra no livro reservado ao Direito de Família, ao tratar do “apanágio do cônjuge sobrevivente”, diz que, falecendo um dos cônjuges, o viúvo tem direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido. São obrigados, neste caso, à prestação dos alimentos os herdeiros ou legatários a quem tenham sido transmitidos os bens, segundo a proporção do respectivo valor. O apanágio deve ser registrado, quando onere coisas imóveis, ou coisas móveis sujeitas a registro.

O Código Civil português não trata diretamente de sucessão entre companheiros⁵⁸⁶. O artigo 2.020º. limita-se a conceder a um dos concubinos direito alimentar contra o espólio do finado⁵⁸⁷. A doutrina portuguesa entende que o concubinato não foi equiparado à relação familiar, por isso não mereceu maior destaque no Código Civil. Nesse sentido, Antunes VARELA ensina que a nova legislação não criou entre as pessoas ligadas pelo concubinato nenhum dever próprio da relação familiar, em geral, ou

⁵⁸⁴ O art. 2103º.-C diz que se considera recheio o mobiliário e demais objetos ou utensílios destinados ao cômodo, serviço e ornamentação da casa.

⁵⁸⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil...** *cit.*, p. 542.

⁵⁸⁶ No mesmo sentido: DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Op. cit.*, p. 154.

⁵⁸⁷ “Art. 2.020º. União de facto: 1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges, tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter nos termos das alíneas a) a d) do artigo 2009º. 2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão. 3. É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior”.

da relação conjugal, em especial. Pode uma delas ter adquirido bens com a colaboração da outra, por exemplo. E podem os tribunais atender a essa circunstância para reconhecerem a existência de uma sociedade de fato, de uma co-propriedade ou um enriquecimento sem causa. Como quer que seja, não há em nenhum caso o reconhecimento de qualquer dever de cooperação ou de assistência semelhante aos que vinculam reciprocamente os cônjuges⁵⁸⁸.

Da mesma forma, Álvaro Villaça AZEVEDO, após discorrer sobre o direito matrimonial em toda a história do direito português, conclui que, com o Código de 1966, desapareceu, por completo, no direito português, o casamento despido de formalidades⁵⁸⁹. Daí não tratar o Código Civil português de direito sucessório a companheiros.

7.2. Direito Espanhol

Anota José LASALA que o Código das Sete Partidas adotou o sistema romano justiniano, embora limitando a sucessão dos colaterais até o décimo grau. Somente quando não existiam esses colaterais herdava o cônjuge. As Partidas também concederam à esposa a “quarta marital”, ainda que houvesse filhos, mas que não podia passar de cem libras de ouro. Tais vantagens ao cônjuge, em geral, tinham um caráter mais assistencial do que hereditário, influenciadas pela avassaladora tradição do direito romano⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Cf. VARELA, Antunes. *Apud* OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 305.

⁵⁸⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 98.

⁵⁹⁰ Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Curso de derecho sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 478. No original: “*El Código de las Siete Partidas adoptó el sistema romano justiniano, si bien limitó la sucesión de los colaterales hasta el 10º grado. Únicamente cuando no existían esos colaterales heredaba el cónyuge. Las partidas también le concedieron a la esposa la cuarta marital, aunque hubiera hijos. Esa cuarta marital no podía pasar de cien libras de oro. En general, las ventajas que las leyes históricas españolas le reconocieron al cónyuge tuvieron un carácter más asistencial que hereditario, influenciadas por la avasaladora tradición del derecho romano*”.

O Código Civil espanhol⁵⁹¹ foi aprovado pela Lei de Bases de 11 de maio de 1888⁵⁹² para entrar em vigor sessenta dias (prorrogáveis por mais sessenta) depois de publicado na Gazeta de Madrid (publicação esta que foi autorizada pelo Real Decreto de 6 de outubro de 1888), mas só entrou efetivamente em vigor em 1º. de maio de 1889, por força de prorrogação efetivada pelo Real Decreto de 1º. de fevereiro de 1889⁵⁹³. A Lei de 26 de maio ordenou a publicação de uma edição reformada do Código, o que se deu com o Real Decreto de 24 de julho de 1889.

Já no século XX, foi o Código Civil espanhol alterado, em matéria sucessória, pela lei de 21 de julho de 1904, que modificou os artigos 688 e 732; pelo Real Decreto-Lei de 13 de janeiro de 1928, que deu uma nova redação aos arts. 953-957, limitando os chamamentos à sucessão intestada ao quarto grau e dando uma nova regulação à sucessão do Estado; pela Lei de 24 de abril de 1958, que modificou, entre outros, os arts. 681, 682, 701, 772, 807, 809, 814, 834-839, 841 e 953, com o objetivo de suprimir certas incapacidades da mulher em matéria sucessória e melhorar a posição do cônjuge sobrevivente; pela Lei de 4 de julho de 1970, que modificou os direitos do filho adotivo na sucessão intestada e na legítima; e pela Lei de Bases de 17 de março de 1973, que deu nova regulação do Direito Internacional Privado referente às sucessões⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Para esta e todas as demais referências ao Código Civil espanhol, utilizou-se a 10ª. edição publicada em Madrid em 1991 pela Tecnos.

⁵⁹² Anota BALMASEDA, Oscar Monje (*Introducción al derecho civil español. In: <<http://www.luiss.it>>. Acesso em: 16/dez./2004, p. 2*) que o ideal codificador já havia sido afirmado definitivamente pela Constituição de 1812, no art. 258, apontando, contudo, diversas causas para o retardamento do Código (No original: “*El ideal codificador es afirmado definitivamente por la Constitución de Cádiz de 1812, que en su artículo 258 establecía que ‘El Código civil, criminal y de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes’.* Sin embargo, una serie de circunstancias retrasaron el proceso de codificación. Por un lado, se sitúa la problemática de los derechos forales. Junto a ella, cabe citar otros factores de carácter socio-político como la falta de estabilidad constitucional, la recepción, a través de Cataluña, de las ideas de la escuela Histórica del Derecho, y la escasa elaboración de la doctrina jurídica de la época”.

⁵⁹³ No texto consultado consta que este Real Decreto seria de 11 de fevereiro de 1889. Entretanto, BALMASEDA, Oscar Monje (*Op. cit.*, p. 3) aponta como sendo de 1º. de fevereiro de 1889, o que nos parece mais provável, tendo em vista que o Código teria entrado em vigor em 6 de fevereiro de 1889, pelo que o Decreto que prorrogou o início de sua vigência deve ter sido anterior a esta data.

⁵⁹⁴ Cf. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Op. cit.*, p. 20. No original: “*Con posterioridad a la promulgación del Código civil, el Derecho de sucesiones contenido en el mismo ha sufrido las siguientes modificaciones: - La Ley de 21 de julio de 1904, que modificó los arts. 688 y 732, en el sentido de suprimir el requisito del papel sellado en el testamento ológrafo. - El Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928, que dio una nueva redacción a los arts. 953-957 C. c., limitando los llamamientos a la sucesión intestada al cuarto grado y dando una nueva regulación a la sucesión del Estado. - La Ley de 8 de septiembre de 1939, que modificó el título VIII del Libro I, relativo a la ausencia, y concretamente los arts. 188, 191, 192, 196, 197 relativos a la sucesión de un ausente o a la que estuviere llamado un ausente. - La Ley de 24 de abril de 1958 que modificó, entre otros, los arts. 681, 682, 701, 772, 807, 809,*

Trata o Código espanhol do direito sucessório no Título III do Livro III⁵⁹⁵, que cuida dos diferentes modos de adquirir a propriedade, após um Título Preliminar que trata das normas jurídicas e após o estudo das pessoas (Livro I, onde se encontra o estudo do Direito de Família) e dos bens (Livro II), e antecedendo o Direito das Obrigações (Livro IV). O citado Título III é dividido em seis Capítulos, o primeiro tratando dos testamentos; o segundo, de regras gerais sobre herança; o terceiro, da sucessão *ab intestato*; o quarto, da ordem de suceder segundo a diversidade de linhas; o quinto, de disposições comuns às heranças por testamento e sem ele; e o último, da colação e partilha.

Originariamente, era a seguinte a ordem de vocação hereditária: em primeiro lugar, aos descendentes; em segundo, aos ascendentes; em terceiro, conjuntamente, aos colaterais, até o sexto grau e ao cônjuge sobrevivente; em quarto, ao cônjuge sobrevivente (arts. 930 e 958), sendo que o filho natural reconhecido preferia aos colaterais e ao cônjuge (art. 939)⁵⁹⁶.

Foi significativa a mudança que ocorreu na posição hereditária do cônjuge na reforma do Código Civil espanhol de 13 de maio de 1981, operada pela Lei nº. 11/1981, chamando à sucessão o cônjuge, em detrimento dos colaterais. A sucessão ocorre, em primeiro lugar, na linha reta descendente (art. 930⁵⁹⁷). Os filhos e seus descendentes sucedem a seus pais e demais ascendentes sem distinção de sexo, idade ou filiação (art. 931⁵⁹⁸). Na falta de filhos e descendentes do *de cuius*, herdarão seus ascendentes (art.

814, 834-839, 841 y 953 con el designio fundamental de suprimir ciertas incapacidades de la mujer en materia sucesoria y mejorar la posición del cónyuge sobreviviente. – Por Ley de 4 de julio de 1970 se ha dado una nueva redacción al capítulo 5º., título VII del Libro I – de la adopción –, que ha modificado los derechos de hijo adoptivo en la sucesión intestada y en la legítima: cfr. arts. 179 y 180. – Por último la reforma del Título Preliminar del Código civil por Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y texto articulado según Decreto de 31 de mayo de 1974, ha supuesto, en la materia que aquí interesa, una nueva regulación del Derecho internacional privado referente a las sucesiones: cfr. arts. 9 y 11 C. c.”.

⁵⁹⁵ Convém mencionar que o Código Civil espanhol, ao contrário do nosso, não é dividido em Parte Geral e Parte Especial.

⁵⁹⁶ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código... cit.*, p. 790-791.

⁵⁹⁷ “Art. 930. La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente” (Em vernáculo: “Art. 930. A sucessão corresponde em primeiro lugar à linha reta descendente”).

⁵⁹⁸ “Art. 931. Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación” (Em vernáculo: “Art. 931. Os filhos e seus descendentes sucedem a seus pais e demais ascendentes sem distinção de sexo, idade ou filiação”).

935⁵⁹⁹). O pai e a mãe herdam em partes iguais (art. 936⁶⁰⁰) e, no caso em que sobreviva um só dos pais, este sucederá seu filho em toda a herança (art. 937⁶⁰¹).

À falta de descendentes e ascendentes, herda o cônjuge e, não havendo, sucedem os colaterais (arts. 943 e 944⁶⁰²). Não terá direito ao chamamento o cônjuge que estava separado por sentença judicial, ou separado de fato ou por mútuo acordo (art. 945⁶⁰³). Nota-se que vigora na Espanha a mesma ordem de vocação hereditária que era estabelecida pelo Código Civil brasileiro de 1916, salvo por afastar da sucessão o cônjuge separado de fato, revelando-se em descompasso com a evolução havida em outros países⁶⁰⁴.

Semelhantemente, sob o título dos “direitos do cônjuge viúvo”, a Seção VII do Capítulo II do Título III do Livro III trata do usufruto vidual, que incide sobre a terça parte da herança se há filhos do *de cujus* (art. 834⁶⁰⁵), o que José Puig BRUTAU chama de “terço de melhora”⁶⁰⁶, ou sobre a metade, se não há filhos, tendo deixado

⁵⁹⁹ “Art. 935. *A falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes*” (Em vernáculo: “Art. 935. À falta de filhos e descendentes do falecido lhe herdarão seus ascendentes”).

⁶⁰⁰ “Art. 936. *El padre y la madre heredarán por partes iguales*” (Em vernáculo: “Art. 936. O pai e a mãe herdarão por partes iguais”).

⁶⁰¹ “Art. 937. *En el caso de que sobreviva uno solo de los padres, éste sucederá al hijo en toda su herencia*” (Em vernáculo: “Art. 937. No caso de sobreviver um só dos pais, este sucederá ao filho em toda sua herança”).

⁶⁰² “Art. 943. *A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes*” (Em vernáculo: “Art. 943. À falta das pessoas compreendidas nas duas Seções que precedem, herdarão o cônjuge e os parentes colaterais pela ordem que se estabelece nos artigos seguintes”). “Art. 944. *En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente*” (Em vernáculo: “Art. 944. Em falta de ascendentes e descendentes, e antes que os colaterais, sucederá em todos os bens do falecido o cônjuge sobrevivente”).

⁶⁰³ “Art. 945. *No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*” (Em vernáculo: “Art. 945. Não terá lugar o chamamento a que se refere o artigo anterior se o cônjuge estivera separado por sentença firme, ou separado de fato por mútuo acordo que conste fidedignamente”).

⁶⁰⁴ Neste sentido: OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Op. cit.*, p. 52.

⁶⁰⁵ “Art. 834. *El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*” (Em vernáculo: “Art. 834. O cônjuge que ao morrer seu consorte não se havia separado ou o estivesse por culpa do falecido, se concorre à herança com filhos ou descendentes, terá direito ao usufruto do terço destinado à melhora”).

⁶⁰⁶ Cf. BRUTAU, José Puig. *Fundamentos de derecho civil*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1983, t. 5, v. 3, p. 25. MARTÍNEZ, Royo (*Derecho sucesorio mortis causa*. Sevilla, 1951, p. 199. *Apud* BRUTAU, José Puig. *Op. cit.*, p. 44) diz que a melhora é “uma disposição patrimonial outorgada pelo *de cujus* a favor de seus descendentes legítimos com manifestação expressa de que seja imputável aos dois terços de legítima larga que para os descendentes fixa o Código e cujo volume se acha limitado pela intangibilidade do terço de legítima estrita” (No original: “*una disposición patrimonial otorgada por el causante a favor de sus*

ascendentes (art. 837⁶⁰⁷). Embora o art. 838 dê ao cônjuge usufruto sobre dois terços da herança na falta de ascendentes e descendentes⁶⁰⁸, este dispositivo resta inócuo, em face da alteração do direito sucessório do cônjuge, como acima se viu, pois não faz sentido dar-se usufruto a quem já tem direito sucessório.

Os herdeiros necessários (“*herederos forzosos*”), no Código Civil espanhol, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 807⁶⁰⁹), que foi acrescido no rol pela Lei nº. 11/1981. Entretanto, esqueceu-se esta lei de fixar a quota legitimária do cônjuge⁶¹⁰, sendo que, aos descendentes, reservou-se dois terços da herança (art. 808⁶¹¹) e

descendientes legítimos com manifestación expresa de que sea imputable a los dos tercios de legítima larga que para los descendientes acota el Código y cuyo volumen se halla limitado por la intangibilidad del tercio de legítima estricta”).

⁶⁰⁷ “Art. 837. No existiendo descendientes, pero si ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia. Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurran con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición” (Em vernáculo: “Art. 837. Não existindo descendentes, mas sim ascendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito ao usufruto da metade da herança. Igual extensão terá o usufruto quando os únicos herdeiros necessários que concorrerem com o viúvo ou viúva sejam filhos só de seu consorte concebidos na constância do matrimônio de ambos. A quota usufrutuária recairá neste caso sobre o terço de melhora, gravando o resto o terço de livre disposição”).

⁶⁰⁸ “Art. 838. No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia” (Em vernáculo: “Art. 838. Não existindo descendentes nem ascendentes o cônjuge sobrevivente terá direito ao usufruto dos dois terços da herança”).

⁶⁰⁹ “Art. 807. Son herederos forzosos: 1º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código” (Em vernáculo: “Art. 807. São herdeiros forçosos: 1º. Os filhos e descendentes em relação a seus pais e ascendentes. 2º. À falta dos anteriores, os pais e ascendentes em relação a seus filhos e descendentes. 3º. O viúvo ou viúva na forma e medida que estabelece este Código”).

⁶¹⁰ Diz BRUTAU, José Puig (*Op. cit.*, p. 20) que a legítima do cônjuge consiste em uma aquisição a título singular, pois a lei lhe atribui um direito de usufruto por tal conceito (No original: “...la legítima del cónyuge consiste en una adquisición a título singular, pues la ley le atribuye un derecho de usufructo por tal concepto”). E o autor (*Op. cit.*, p. 80-82) aponta as seguintes características da legítima do cônjuge: 1) é um direito concedido com caráter geral e incondicionado; 2) consiste em um usufruto e não em uma quota em plena propriedade; 3) é de quantia variável e depende da classe de parentes legitimários com os quais concorra na sucessão; 4) é recíproco, porquanto se confere indistintamente ao marido e à mulher; 5) é capitalizável ou suscetível de transformação em quanto a ser pago; 6) confere ao viúvo um direito de garantia (No original: “De la regulación del Código civil se desprenden los siguientes rasgos: 1. Es un derecho concedido con carácter general e incondicionado, en el sentido de que no está excluido por la existencia de ningún orden preferente de legitimarios, como sucede, por ejemplo, con los ascendientes, que sólo lo son en defecto de descendientes. Es un derecho, pues, que puede concurrir con el de otros legitimarios y esta concurrencia a lo sumo modaliza, como vamos a ver, la cuantía y alguna otra circunstancia de esta legítima. ...2. Consiste en un usufructo y no en una cuota en plena propiedad; pero, conviene añadir en seguida que no se trata de un usufructo universal, sino parcial. ...3. Es de cuantía variable y depende de la clase de parientes legitimarios con los que concorra en la sucesión. ...4. Es recíproco, por cuanto se confiere indistintamente al marido y a la mujer. 5. Es capitalizable o susceptible de transformación en cuanto a su pago, por facultad que el Código concede a los herederos del causante... 6. La legítima confiere al viudo un derecho de garantía en el sentido de que mientras los herederos no hayan dejado constituido el usufructo sobre bienes determinados y en la proporción correspondiente, o no le hayan asignado una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un

aos ascendentes, metade (art. 809⁶¹²). Bem por isso José Puig BRUTAU fala em legítimas curtas e legítimas largas, as primeiras inferiores a um terço; as últimas, superiores⁶¹³.

Não há, no Código Civil espanhol, referência a qualquer espécie de união fora do casamento e, em consequência, não trata o Código Civil espanhol de direitos sucessórios entre companheiros.

7.3. Direito Italiano

O primeiro Código Civil italiano⁶¹⁴ foi aprovado pelo Real Decreto n.º 2.358, de 25 de junho de 1865, contendo três Livros: Das pessoas; Dos bens, da

capital en efectivo, todos los bienes de la herencia responderán de la satisfacción de este derecho. Por tanto, el cónyuge supérstite tiene un derecho indiferenciado o pendiente de localización o capitalización sobre los bienes del activo hereditario y en cierta manera es, por tanto, un copartícipe de los herederos. Pero esto no debe llevar a la confusión de que es un heredero, como ya hemos visto y vamos a puntualizar, con referencia concreta, ahora, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo”).

⁶¹¹ “Art. 808. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición” (Em vernáculo: “Art. 808. Constituem a legítima dos filhos e descendentes as duas terças partes da quota hereditária do pai e da mãe. Sem embargo, podem estes dispor de uma parte das duas que formam a legítima para aplicá-la como melhora a seus filhos ou descendentes. A terça parte restante será de livre disposição”). Esclarece BRUTAU, José Puig (*Op. cit.*, p. 37-38) que “quando o art. 808 fala de ‘filhos e descendentes’, não se há de entender que a legítima queda atribuída a todos os descendentes que existam. É certo que todos são potencialmente legitimários e que todos podem ser destinatários da melhora; porém só têm direitos a reclamar como legitimários os descendentes imediatos do *de cuius*, sem interposição de nenhuma outra pessoa com capacidade para herdar, segundo as regras da sucessão intestada” (No original: “Cuando el art. 808 habla de ‘hijos y descendientes’, no há de entenderse que la legítima queda atribuída a todos los descendientes que existan. Es cierto que todos son potencialmente legitimarios y que todos pueden ser destinatários de la mejora; pero solo tendrán derecho a reclamar como legitimarios los descendientes inmediatos del causante, sin interposición de ninguna otra persona com capacidad para heredar, según las reglas de la sucesión intestada”).

⁶¹² “Art. 809. Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia” (“Art. 809. Constitui a legítima dos pais ou ascendentes a metade da quota hereditária dos filhos e descendentes, salvo o caso em que concorrerem com o cônjuge viúvo do descendente falecido, em cuja hipótese será de uma terça parte da herança”).

⁶¹³ BRUTAU, José Puig. *Op. cit.*, p. 17. No original: “En este sentido se habla de legítimas cortas, cuando son inferiores a un tercio del haber hereditario, y de legítimas largas, cuando son superiores a esta proporción. Las segundas pueden ser individuales y colectivas, com facultad de elección – en el segundo caso – dentro del grupo de los legitimarios. Que la legítima sea corta o larga puede depender de que el divisor, en lugar de ser fijo, varíe según el número de los legitimarios o de los parientes que concurran”.

propriedade e das suas modificações; e Dos modos de adquirir e de transmitir a propriedade e os outros direitos sobre coisas⁶¹⁵. Tratava ele da sucessão no Título II do Livro Terceiro. O primeiro Capítulo desse Título cuidou da sucessão legítima.

O Código italiano de 1865 seguiu o Código francês em matéria de vocação hereditária, simplificando-o. Depois dos descendentes legítimos ou legitimados (arts. 736 e 737⁶¹⁶), herdavam os ascendentes do *de cuius* (art. 738⁶¹⁷), em concorrência com os irmãos e os descendentes destes (art. 740⁶¹⁸); seguiam-se os outros ascendentes, recolhendo cada linha a metade da herança, se houvesse igualdade de graus; no caso contrário, o parente mais próximo excluía o mais remoto (art. 739⁶¹⁹); depois dos

⁶¹⁴ Para esta e todas as demais referências ao Código Civil italiano de 1865, utilizou-se a 5ª. edição publicada em Milão em 1913 pela Ulrico Hoepli.

⁶¹⁵ O Código italiano de 1865 não continha, como o nosso, divisão em Parte Geral e Parte Especial.

⁶¹⁶ “Art. 736. *Al padre, alla madre e ad ogni altro ascendente succedono i figli legittimi o i loro discendenti, senza distinzione di sesso e quantunque nati da matrimoni diversi. Essi succedono per capi, quando sono tutti in primo grado; per stirpi, quando tutti o alcuni di essi succedono per rappresentazione*” (Em vernáculo: “Art. 736. Ao pai, à mãe e a todos os outros ascendentes sucedem os filhos legítimos ou os seus descendentes, sem distinção de sexo e ainda que nascidos de matrimônios diversos. Esses sucedem por cabeça, quando estão todos no primeiro grau; por estirpe, quando todos ou alguns desses sucedem por representação”). “Art. 737. *Sotto nome di figli legittimi s'intendono anche i figli legittimati, gli adottivi e i loro discendenti. Però i figli adottivi e i loro discendenti succedono bensì all'adottante in concorso anche dei figli legittimi, ma sono estranei alla successione di tutti i congiunti dell'adottante*” (Em vernáculo: “Art. 737. Sob o nome de filhos legítimos se entendem também os filhos legitimados, os adotivos e os seus descendentes. Todavia os filhos adotivos e seus descendentes sucedem ao adotante em concurso também com os filhos legítimos, mas são estranhos à sucessão de todos os parentes do adotante”).

⁶¹⁷ “Art. 738. *A colui che muore senza lasciar prole, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da essi, succedono il padre e la madre in eguali porzioni, o quello dei genitori che sia superstite*” (Em vernáculo: “Art. 738. Àquele que morre sem deixar prole, nem irmãos ou irmãs, nem descendentes desses, sucedem o pai e a mãe em iguais porções, ou aquele dos genitores que seja supérstite”).

⁶¹⁸ “Art. 740. *Se coi genitori o con uno soltanto di essi concorrono fratelli o sorelle germani del defunto, tutti sono ammessi alla successione del medesimo per capi, purchè in niun caso la porzione, in cui succedono i genitori o uno di essi, sia minore del terzo. Se vi sono fratelli o sorelle consanguinei (sic) od uterini, succedono anch'essi; ma, concorrano con germani o siano soli, conseguono la sola metà della quota spettante ai germani. I discendenti da fratello o sorella succedono per stirpi a norma degli art. 732 e 733. La parte che spetterebbe ai genitori viventi, si devolve in loro mancanza agli altri ascendenti prossimi nel modo determinato dal precedente articolo*” (Em vernáculo: “Art. 740. Se com genitores ou com um somente destes concorrerem irmãos ou irmãs germanos do *de cuius*, todos são admitidos à sucessão do mesmo por cabeça, desde que em nenhum caso a porção, na qual sucedem os genitores ou um desses, seja menor do que um terço. Se há irmãos ou irmãs consangüíneos ou uterinos, sucedem eles também; mas, concorrendo com germanos ou estando sós, conseguem só a metade da quota que cabe aos germanos. Os descendentes de irmão ou irmã sucedem por estirpe nos termos dos artigos 732 e 733. A parte que caberia aos genitores vivos se devolve em sua falta aos outros ascendentes próximos no modo determinado no artigo precedente”).

⁶¹⁹ “Art. 739. *A colui che muore senza lasciar prole, nè genitori, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da questi, succedono per una metà gli ascendenti della linea paterna e per l'altra metà gli ascendenti della linea materna, non avuto riguardo all'origine dei beni. Se però gli ascendenti non sono in equal grado, l'eredità è devoluta al più vicino senza distinzione di linea*” (Em vernáculo: “Art. 739. Àquele que morre sem deixar prole, nem genitores, nem irmãos ou irmãs, nem descendentes destes, sucedem por uma metade os ascendentes da linha paterna e pela outra metade os ascendentes da linha materna, sem se ater à

ascendentes, vinham à sucessão os outros colaterais, até o décimo grau (art. 742⁶²⁰); em seguida, o cônjuge não separado (art. 757⁶²¹), que concorria, em usufruto ou em propriedade, em todas as classes (arts. 753 a 755⁶²²); e, por fim, o Estado (art. 758⁶²³).

O novo Código Civil italiano⁶²⁴, de 1942, aprovado pelo Régio Decreto nº. 262, de 16 de março de 1942, trata das sucessões no Livro II⁶²⁵, após cuidar das pessoas e da família (Livro I⁶²⁶), mas antes da propriedade (Livro III), das obrigações (Livro IV),

origem dos bens. Se porém os ascendentes não estão em igual grau, a herança é devolvida ao mais próximo sem distinção de linha”).

⁶²⁰ “Art. 742. *Morendo alcuno senza lasciare prole, nè genitori, nè ascendenti, nè fratelli o sorelle, nè discendenti da essi, la successione si apre a favore del congiunto o dei congiunti più vicini al defunto, senza distinzione di linea paterna o materna. La successione non ha luogo tra i congiunti oltre il decimo grado*” (Em vernáculo: “Art. 742. Morrendo alguém sem deixar prole, nem genitores, nem ascendentes, nem irmãos ou irmãs, nem descendentes destes, a sucessão se abre em favor do parente ou dos parentes mais próximos ao falecido, sem distinção de linha paterna ou materna. A sucessão não tem lugar entre os parentes além do décimo grau”).

⁶²¹ “Art. 757. *I diritti di successione accordati al coniuge superstite non spettano al coniuge, contro cui il defunto abbia ottenuto sentenza di separazione personale passata in giudicato*” (Em vernáculo: “Art. 757. Os direitos de sucessão acordados ao cônjuge supérstite não cabem ao cônjuge, contra o qual o falecido havia obtido sentença de separação pessoal passada em julgado”).

⁶²² “Art. 753. *Quando al coniuge defunto siano superstiti figli legittimi, l'altro coniuge ha sull'eredità di lui l'usufrutto di una porzione ereditaria eguale a quella di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge. Concorrendo figli naturali con legittimi, l'usufrutto del coniuge è di una porzione uguale a quella che tocca a ciascun figlio legittimo. Tale porzione di usufrutto non può mai essere maggiore del quarto dell'eredità, e può essere soddisfatta nel modo stabilito dall'art. 819*” (Em vernáculo: “Art. 753. Quando ao cônjuge falecido sobrevivam filhos legítimos, o outro cônjuge tem sobre a herança dele o usufruto de uma porção hereditária igual àquela de cada filho, compreendido no número dos filhos também o cônjuge. Concorrendo filhos naturais com legítimos, o usufruto do cônjuge é de uma porção igual àquela que toca a cada filho legítimo. Tal porção de usufruto não pode jamais ser maior do quarto da herança, e pode ser satisfeita no modo estabelecido no art. 819”) “Art. 754. *Se non vi sono figli legittimi, ma ascendenti o figli naturali, o fratelli o sorelle, o loro discendenti, è devoluta in proprietà al coniuge superstite la terza parte dell'eredità. Se però il coniuge concorre a un tempo con ascendenti legittimi e con figli naturali, non ha diritto che al quarto della eredità*” (Em vernáculo: “Art. 754. Se não há filhos legítimos, mas ascendentes ou filhos naturais, ou irmãos ou irmãs, ou seus descendentes, é devida em propriedade ao cônjuge supérstite a terça parte da herança. Se porém o cônjuge concorre a um tempo com ascendentes legítimos e com filhos naturais, só tem direito ao quarto da herança”). “Art. 755. *Quando il defunto lasciasse altri parenti successibili, l'eredità si devolve al coniuge pei due terzi. Gli si devolve per intero nel caso che il defunto non lasci parenti successibili entro il sesto grado*” (Em vernáculo: “Art. 755. Quando o falecido deixou outros parentes sucessíveis, a herança se devolve ao cônjuge por dois terços. Eles se devolvem por inteiro no caso que o falecido não deixe parentes sucessíveis no sexto grau”).

⁶²³ “Art. 758. *In mancanza delle persone chiamate a succedere secondo le regole stabilite nelle sezioni precedenti, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato*” (Em vernáculo: “Art. 758. Em falta das pessoas chamadas a suceder segundo as regras estabelecidas nas seções precedentes, a herança se devolve ao patrimônio do Estado”).

⁶²⁴ Para esta e todas as demais referências ao Código Civil italiano de 1942, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.jus.unitn.it>>, em 11/ago./2004.

⁶²⁵ O Código Civil italiano de 1942 também não é dividido em Parte Geral e Parte Especial, como o nosso.

⁶²⁶ Anota BARASSI, Lodovico (*La famiglia legittima nel nuovo codice civile*. 3. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1947, p. 3) que o novo Código Civil, no Livro I, é o resultado de uma elaboração meditada. O projeto preliminar foi apresentado pela Comissão real para reforma do Código em 27 de setembro de 1930 ao

do trabalho (Livro V) e da tutela dos direitos (Livro VI). O Livro II está dividido em cinco Títulos, tratando o primeiro de disposições gerais sobre sucessão; o segundo, da sucessão legítima; o terceiro, da sucessão testamentária; o quarto, da partilha; e o último, das doações. Boa parte dos artigos deste Livro está com a redação determinada pela Lei de Direito de Família.

A matéria sucessória do cônjuge está tratada de forma um pouco confusa⁶²⁷. O Título II do Livro II, com três Capítulos, trata, em primeiro lugar, da sucessão dos parentes, em que consta um artigo referindo-se ao cônjuge (art. 579⁶²⁸), que é praticamente repetido mais adiante nos arts. 582 e 583⁶²⁹. Trata, em seguida, da sucessão do cônjuge, com cinco artigos, para, afinal, tratar, em apenas um artigo, da sucessão do Estado.

Originalmente, no Código de 1942, as categorias dos sucessíveis eram as seguintes: descendentes legítimos (compreendidos os legitimados) e adotivos, filhos naturais, ascendentes legítimos, parentes colaterais até o sexto grau e cônjuge. Mas esta ordem não era estanque, havendo concorrência em alguns casos. Os descendentes legítimos concorriam com os filhos naturais reconhecidos ou declarados e com o cônjuge, excluindo todos os demais. Os filhos naturais excluía os parentes colaterais, mas não os

Ministro; reelaborado com base nas observações da comissão em 1936, como projeto definitivo, fazendo agora parte do Código aprovado (No original: “*Il nuovo codice civile nel libro I di cui qui ci occupiamo è il risultato di un’elaborazione meditata. Il progetto preliminare fu presentato dalla Commissione reale per la riforma dei codici il 27 settembre 1930 al Ministro guardasigilli; rielaborato in base alle osservazioni pervenute in proposito da una commissione nel 1936, come progetto definitivo. ...E oggi fa parte del testo del cod. civ. approvato con r. d. 16 marzo 1942 n. 262*”). Para um estudo do direito de família no direito italiano, convém consultar: ORLANDO JÚNIOR, Vittorio Emanuele. *Problemi di diritto matrimoniale*. Nápoli: Dott. Eugenio Jovene, 1955.

⁶²⁷ É, provavelmente, por isso que HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Da ordem... *cit.*, p. 20) afirma: “Dizer que o Código Civil italiano encerre uma ordem de vocação hereditária é uma afirmação verdadeira na medida em que se entenda por esta expressão a ordem de chamamento dos sucessíveis para aceitar ou recusar a herança. ...Mas se é verdade que haja uma ordem de vocação hereditária no sistema jurídico italiano, também é verdade que ela não se encontra solidificada em um ou alguns dos dispositivos do livro segundo daquele Código Civil, exatamente o extrato daquela codificação que cuida de regular a transmissão dos bens da pessoa que falece a seus sucessores. Ao contrário, para que se possa atingir a intenção do legislador de 1942, faz-se necessário um verdadeiro exercício de exegese de todo título daquele corpo legislativo, mais especificamente do título II”.

⁶²⁸ “579. *Concorso del coniuge e dei genitori. – Se al figlio naturale morto senza lasciar prole, né genitori, sopravvive il coniuge, l’eredità si devolve per intero al medesimo. Se vi sono genitori, l’eredità è devoluta per due terzi al coniuge e per l’altro terzo ai genitori*” (Em vernáculo: “579. Concurso do cônjuge e dos genitores. – Se ao filho natural morto sem deixar prole, nem genitores, sobrevive o cônjuge, a herança se devolve por inteiro ao mesmo. Se há genitores, a herança é devolvida por duas terças partes ao cônjuge e pela outra terça parte aos genitores”).

⁶²⁹ Artigos transcritos, respectivamente, nas notas 634 e 635, *infra*.

ascendentes nem o cônjuge. O cônjuge excluía os parentes colaterais do quarto ao sexto grau, mas não do segundo e do terceiro⁶³⁰, e recebia o usufruto da metade do acervo se havia apenas um filho legítimo, e de um terço se havia mais filhos, sendo pelo menos um legítimo⁶³¹. Esta ordem foi profundamente alterada pela Lei de Direito de Família.

Concorrendo com filhos, legítimos ou naturais, o cônjuge tem hoje direito⁶³² à metade da herança, se o *de cuius* tinha apenas um filho, ou a um terço, se tinha mais filhos (art. 581⁶³³). Concorrendo com ascendentes legítimos, irmãos ou irmãs, o cônjuge tem direito a dois terços da herança (art. 582⁶³⁴). Na falta de filhos, ascendentes,

⁶³⁰ Cf. BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, p. 320-321. No original: “I. Las categorías de los ‘ab intestato’ son las siguientes: descendientes legítimos (comprendidos los legitimados) y adoptivos, hijos naturales, ascendientes legítimos, parientes colaterales hasta el sexto grado, cónyuge supérstite. Después de éstos, y en defecto de ellos, viene el Estado, como representante de la solidaridad social general, como exactamente lo hemos dicho; cuya posición sucesoria, sin embargo, es particular. II. Las otras categorías están encuadradas en el sistema lineal-gradual, es decir, en un sistema que dispone la sucesión según la línea y el grado de parentesco con el de cuius. Este sistema se articula del modo siguiente: a) Vienen, ante todo, los descendientes legítimos, a los cuales se equiparan los legitimados y los adoptivos. Estos: **a)** concurren con los hijos naturales, reconocidos o declarados, y con el cónyuge supérstite (los hijos naturales no reconocidos o no reconocibles tienen derecho, también en concurso, a la asignación vitalicia de que hemos hablado a propósito de la ‘reserva’: retro, n. 1111); **d)** excluyen a todos los demás. b) Vienen en segunda línea los hijos naturales, que excluyen a los parientes colaterales, pero no a los ascendientes ni, menos todavía, al cónyuge. c) Viene luego el cónyuge, que excluye a los parientes colaterales desde el cuarto grado hasta el sexto – no a los colaterales desde el segundo hasta el tercero: hermano y hermanas y sobrinos ex fratre vel sorore – y a todos los colaterales del hijo natural, incluso los hermanos y las hermanas (art. 579). d) Todos los demás, cuando no estén excluidos, concurren sin excluir a nadie”.

⁶³¹ Cf. BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, p. 325. No original: “Si está también el cónyuge del de cuius, haya o no hijos naturales, consigue él el usufructo de una cuota, que es de la mitad del acervo ab intestato, si hay sólo un hijo (legítimo), y de un tercio, si los hijos son más, y de ellos, por lo menos, uno legítimo (art. 581 y arg. ex art. 582, ap. 1º)”.

⁶³² O direito agora é de propriedade, por força do art. 183 da Lei de Direito de Família, que alterou os dispositivos relativos à sucessão legítima. Antes, como anotava BARBERO, Domenico (*Op. cit.*, p. 243), não se reservava ao cônjuge nunca uma porção em propriedade, mas sempre em usufruto (No original: “Pero su posición se caracteriza por el hecho de que no se le reserva nunca una porción en propiedad, sino siempre en usufructo”).

⁶³³ “581. Concorso del coniuge con i figli. – Quando con il coniuge concorrono figli legittimi o figli naturali, o figli legittimi e naturali, il coniuge ha diritto alla metà dell’eredità, se alla successione concorre un solo figlio, e ad un terzo negli altri casi” (Em vernáculo: “581. Concorso do cônjuge com os filhos. – Quando com o cônjuge concorrem filhos legítimos ou filhos naturais, ou filhos legítimos e naturais, o cônjuge tem direito à metade da herança, se à sucessão concorre um só filho, e a um terço nos outros casos”).

⁶³⁴ “582. Concorso del coniuge con ascendenti legittimi, fratelli e sorelle. – Al coniuge sono devoluti i due terzi dell’eredità se egli concorre con ascendenti legittimi o con fratelli e sorelle anche se unilaterali, ovvero con gli uni e con gli altri. In questo ultimo caso la parte residua è devoluta agli ascendenti, ai fratelli e alle sorelle, secondo le disposizioni dell’articolo 571, salvo in ogni caso agli ascendenti il diritto a un quarto della eredità” (Em vernáculo: “582. Concorso do cônjuge com ascendentes legítimos, irmãos e irmãs. – Ao cônjuge são devolvidos os dois terços da herança se ele concorre com ascendentes legítimos ou com irmãos e irmãs ainda que unilaterais, ou com uns e com outros. Neste último caso a parte residual é devolvida aos ascendentes, aos irmãos e às irmãs, segundo as disposições do artigo 571, salvo em todo caso aos ascendentes o direito a um quarto da herança”). Este dispositivo teve redação dada pela Reforma

irmãos e irmãs, o cônjuge recolhe toda a herança (art. 583⁶³⁵). O casamento anulado depois da morte do *de cuius* também dá direito sucessório ao cônjuge de boa-fé, salvo em caso de bigamia (art. 584⁶³⁶), solução que PONTES DE MIRANDA taxa de radical, ferindo a eficácia da putatividade⁶³⁷. Mas Domenico BARBERO abranda a disposição dizendo que “não só o cônjuge putativo sucede se o matrimônio com o outro está dissolvido por morte ou por divórcio, senão que, já que sua exclusão está posta só em interesse do cônjuge legítimo, sucede também em todo o caso em que o cônjuge legítimo não venha de fato à sucessão, por indignidade, renúncia ou separação por culpa”⁶³⁸. E o Código Civil italiano prevê a possibilidade de o cônjuge separado judicialmente herdar, desde que não culpado pela separação (art. 585⁶³⁹). Anota Alberto TRABUCCHI que a reconciliação, ainda que de fato, faz o cônjuge readquirir de pleno direito os direitos sucessórios⁶⁴⁰.

do Direito de Família, de 1975. Antes dela, como já dissemos, o cônjuge concorria com colaterais até o 4º grau.

⁶³⁵ “583. *Successione del solo coniuge. – In mancanza di figli legittimi o naturali, di ascendenti, di fratelli o sorelle, al coniuge si devolve tutta l’eredità*” (Em vernáculo: “583. Sucessão exclusiva do cônjuge. – Na falta de filhos legítimos ou naturais, de ascendentes, de irmãos ou irmãs, ao cônjuge se devolve toda a herança”).

⁶³⁶ “584. *Successione del coniuge putativo. – Quando il matrimonio è stato dichiarato nullo dopo la morte di uno dei coniugi, al coniuge superstite di buona fede spetta la quota attribuita al coniuge dalle disposizioni che precedono. Si applica altresì la disposizione del secondo comma dell’articolo 540. Egli è però escluso dalla successione, quando la persona della cui eredità si tratta è legata da valido matrimonio al momento della morte*” (Em vernáculo: “584. Sucessão do cônjuge putativo. – Quando o matrimônio foi declarado nulo depois da morte de um dos cônjuges, ao cônjuge supérstite de boa fé compete a quota atribuída ao cônjuge pelas disposições que precedem. Aplica-se outrossim a disposição do segundo parágrafo do artigo 540. Ele é porém excluído da sucessão, quando a pessoa de cuja herança se trata estava ligado a um válido matrimônio no momento da morte”). BARBERO, Domenico (*Op. cit.*, p. 321) explica que a categoria do cônjuge não pode nunca estar representada por mais de uma pessoa, já que até o cônjuge putativo, se o *de cuius* estava ligado com válido matrimônio na data da sua morte, fica excluído da sucessão (No original: “...la categoría del cónyuge, que no puede estar nunca representada más que por una persona, ya que incluso el cónyuge putativo, si el de cuius a su muerte estaba ligado con válido matrimonio, queda excluido de la sucesión”).

⁶³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado...** *cit.*, v. 55, p. 237. Também TRABUCCHI, Alberto (*Istituzioni di diritto civile*. 22. ed. Padova: CEDAM, 1977, p. 857) entende que deveriam ambos os cônjuges herdar. Da mesma forma, critica o dispositivo LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 495.

⁶³⁸ BARBERO, Domenico. *Op. cit.*, p. 243-244. No original: “Hay que hacer notar, en cambio, que, parte de lo que resultaría de la expresión legal ‘ligada por válido matrimonio en el momento muerte’, no sólo el cónyuge putativo sucede si el matrimonio con el otro está disuelto por muerte o por divorcio, sino que, puesto que su exclusión está puesta sólo en interés del cónyuge legítimo, sucede también en todo caso en que el cónyuge legítimo no venga de hecho a la sucesión, por indignidad, renuncia o separación por culpa”.

⁶³⁹ “585. *Successione del coniuge separato. – Il coniuge cui non è stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato ha gli stessi diritti successori del coniuge non separato. Nel caso in cui al coniuge sia stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato, si applicano le disposizioni del secondo comma dell’articolo 548*” (Em vernáculo: “585. Sucessão do cônjuge separado. – O cônjuge a quem não foi atribuída a separação com sentença passada em julgado tem os mesmos direitos sucessórios do cônjuge não separado. No caso em que ao cônjuge foi atribuída a separação com sentença passada em julgado, aplicam-se as disposições do segundo parágrafo do artigo 548”). O citado art. 548 dispõe: “548.

Por fim, o art. 536 prevê como herdeiros necessários (“*legittimari*”) o cônjuge, os filhos legítimos (a eles equiparados os filhos legitimados e os adotivos), os filhos naturais e os ascendentes legítimos⁶⁴¹, sendo a reserva do cônjuge de um terço, se concorre com um filho; de um quarto, se com dois ou mais (art. 542⁶⁴²), ou de metade, se não há filhos (art. 540⁶⁴³), ainda que concorrendo com ascendentes (art. 544⁶⁴⁴). Ao

Riserva a favore del coniuge separato. – Il coniuge cui non è stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato, ai sensi del secondo comma dell’articolo 151, ha gli stessi diritti successori del coniuge non separato. Il coniuge cui è stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato ha diritto soltanto ad un assegno vitalizio se al momento dell’apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto. L’assegno è commisurato alle sostanze ereditarie e alla qualità e al numero degli eredi legittimi, e non è comunque di entità superiore a quella della prestazione alimentare goduta. La medesima disposizione si applica nel caso in cui la separazione sia stata addebitata ad entrambi i coniugi” (Em vernáculo: “548. Reserva a favor do cônjuge separado. – O cônjuge a quem não foi atribuída a separação com sentença passada em julgado, nos termos do segundo parágrafo do artigo 151, tem os mesmos direitos sucessórios do cônjuge não separado. O cônjuge a quem é atribuída a separação com sentença passada em julgado tem direito somente a uma renda vitalícia se ao momento da abertura da sucessão gozava dos alimentos a cargo do cônjuge falecido. A renda é medida de acordo com o montante hereditário e com a qualidade e o número dos herdeiros legítimos, e não é de qualquer modo de importância superior à prestação alimentar recebida. A mesma disposição se aplica no caso em que a separação foi atribuída a ambos os cônjuges”).

⁶⁴⁰ TRABUCCHI, Alberto. *Op. cit.*, p. 858. No original: “*La riconciliazione, anche di fatto, fa riacquistare in pieno i diritti successori*”.

⁶⁴¹ “536. *Legittimari. – Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi. Ai figli legittimi sono equiparati i legitimati e gli adottivi. A favore dei discendenti dei figli legittimi o naturali, i quali vengono alla successione in luogo di questi, la legge riserva gli stessi diritti che sono riservati ai figli legittimi o naturali*” (Em vernáculo: “536. Legitimários. – As pessoas a favor das quais a lei reserva uma quota da herança ou outros direitos na sucessão são: o cônjuge, os filhos legítimos, os filhos naturais, os ascendentes legítimos. Aos filhos legítimos são equiparados os legitimados e os adotivos. A favor dos descendentes dos filhos legítimos ou naturais, os quais vêm à sucessão em lugar destes, a lei reserva os mesmos direitos que são reservados aos filhos legítimos ou naturais”).

⁶⁴² “542. *Concorso di coniuge e figli. – Se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale, a quest’ultimo è riservato un terzo del patrimonio ed un altro terzo spetta al coniuge. Quando i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, ad essi è complessivamente riservata la metà del patrimonio e al coniuge spetta un quarto del patrimonio del defunto. La divisione tra tutti i figli, legittimi e naturali, è effettuata in parti uguali. Si applica il terzo comma dell’articolo 537*” (Em vernáculo: “542. Concorso de cônjuge e filhos. Se quem morre deixa, além do cônjuge, um só filho, legítimo ou natural, a este último é reservado um terço do patrimônio e um outro terço cabe ao cônjuge. Quando os filhos, legítimos ou naturais, são mais de um, a esses é conjuntamente reservado a metade do patrimônio e ao cônjuge cabe um quarto do patrimônio do defunto. A divisão entre todos os filhos, legítimos e naturais, é efetuada em partes iguais. Aplica-se o parágrafo terceiro do artigo 537”).

⁶⁴³ “540. *Riserva a favore del coniuge. – A favore del coniuge è riservata la metà del patrimonio dell’altro coniuge, salve le disposizioni dell’articolo 542 per il caso di concorso con i figli. ...*” (Em vernáculo: “540. Reserva a favor do cônjuge. – A favor do cônjuge é reservada a metade do patrimônio do outro cônjuge, salvas as disposições do artigo 542 para o caso de concurso com os filhos. ...”).

⁶⁴⁴ “544. *Concorso di ascendenti legittimi e coniuge – Quando qui muore non lascia né figli legittimi né figli naturali, ma ascendenti legittimi e il coniuge, a quest’ultimo è riservata la metà del patrimonio, ed agli ascendenti un quarto. In caso di pluralità di ascendenti, la quota di riserva ad essi attribuita ai sensi del precedente comma è ripartita tra medesimi secondo i criteri previsti dall’articolo 569*” (Em vernáculo: “544. Concorso de ascendentes legítimos e cônjuge. – Quando quem morre não deixa nem filhos legítimos nem filhos naturais, mas ascendentes legítimos e o cônjuge, a este último é reservada a metade do patrimônio, e aos ascendentes um quarto. Em caso de pluralidade de ascendentes, a quota de reserva a esse

cônjuge, ademais, reconhece o art. 540 direito de habitação sobre a casa de residência familiar e de uso sobre os móveis que a mobíliam⁶⁴⁵.

À semelhança dos anteriormente citados, o Código Civil italiano não contém nenhuma disposição a respeito de uniões extramatrimoniais, não tratando, em consequência, de direitos sucessórios a companheiros. Não obstante, passando o direito italiano pela mesma evolução que o direito brasileiro na matéria, ou seja, passando da consideração de que o concubinato era imoral para uma fase de tolerância, encontra-se agora com tendência favorável à sua regulamentação normativa⁶⁴⁶.

Francesco GAZZONI defende a regulamentação, dizendo estar convicto que a codificação da família de fato não melhoraria nem pioraria a situação atual da família legítima, nem determinaria nenhuma séria perturbação em termos de evolução social do costume⁶⁴⁷. Cita, inclusive, dois projetos de lei do Senado que pretendem fazer tal regulamentação: o projeto n.º. 282, de 27 de setembro de 1979, que exige convivência de pelo menos dois anos (art. 12); e o projeto n.º. 306, de 4 de outubro de 1979, que aumentou esse prazo para três anos (art. 25)⁶⁴⁸. Ademais, atesta o autor ser o companheirismo um

atribuída por força do precedente parágrafo é repartida entre os mesmos segundo os critérios previstos no artigo 569”).

⁶⁴⁵ “540. .. Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli” (Em vernáculo: “540. ...Ao cônjuge, ainda quando concorra com outros chamados, são reservados os direitos de habitação sobre a casa destinada à residência familiar e de uso sobre móveis que a guarnecem, se de propriedade do defunto ou comuns. Tais direitos gravam sobre porção disponível e, quando esta não for suficiente, pelo remanente sobre quota de reserva do cônjuge e eventualmente sobre quota reservada aos filhos”).

⁶⁴⁶ Cf. GAZZONI, Francesco. *Dal concubinato alla famiglia di fatto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983, p. 5. No original: “Può dunque dirsi che da un iniziale disfavore per il fenomeno, disfavore così morale e sociale come giuridico, si è passati ad una fase di sostanziale indifferenza e tolleranza, mentre oggi sembra esser in atto una linea di tendenza senz’altro favorevole addirittura alla regolamentazione normativa della struttura stessa”.

⁶⁴⁷ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 10. No original: “Resto quindi convinto che la codificazione della famiglia di fatto non migliorerebbe la situazione attuale della famiglia legittima, nè determinerebbe alcun serio stravolgimento in termine di evoluzione sociale del costume”. Mais adiante, contudo, falando especificamente dos direitos sucessórios, parece o autor contraditar essa afirmação ao dizer (*Op. cit.*, p. 38): “Ma non mi sembra sia oportuno percorrere questa strada: il che non equivale a dire che la famiglia di fatto non possa assurgere ad una qualche garanzia giuridica, ma solamente significa che la strada attraverso cui tale garanzia passa non è, come dirò, quella della legge ma l’altra dell’autonomia privata” (Em vernáculo: “Mas não me parece seja oportuno percorrer esta estrada: o que não equivale a dizer que a família de fato não possa elevar-se a uma qualquer garantia jurídica, mas somente significa que a estrada sobre a qual tal garantia passa não é, como direi, a da lei mas a outra da autonomia privada”).

⁶⁴⁸ Cf. GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 41-42. No original: “Art. 12 disegno di legge presentato il 27 settembre 1979 n. 282 al Senato. ...Art. 25 disegno di legge presentato il 4 ottobre 1979 n. 306 al Senato”.

fato do qual o jurista deve ter em conta, goste ou não goste⁶⁴⁹, salientando RODIERE que, em um País que pratica largamente o divórcio, defender o matrimônio da união livre é uma batalha menor, porque, diz o autor, o inimigo número um não é o concubinato, mas o divórcio⁶⁵⁰.

GAZZONI cita até mesmo entendimento de autores que falam em aplicação por analogia das normas de direito de família, bem como de inconstitucionalidade das normas em matéria de família legítima que não sejam extensíveis à família de fato, embora com eles não concorde⁶⁵¹. E cita diversas leis que, indiretamente (já que não se referem especificamente à convivência *more uxorio*), referem-se à família de fato, para diversos fins, sem, contudo, regulá-la especificamente⁶⁵². Menciona, ademais,

⁶⁴⁹ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 11. No original: “È questo un dato di fatto di cui (piaccia o non piaccia) il giurista deve tenere conto”.

⁶⁵⁰ RODIERE. *La ménage de fait devant la loi française*. In: **Travaux de l'Association Henry Capitant**. Paris, 1960, p. 75. *Apud* GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 11. No original: “...in un Paese che pratica largamente il divorzio, difendere il matrimonio dall'unione libera ‘c'est une bataille mineure’, perchè il nemico ‘numéro 1, ce n'est pas alors le concubinage, mais le divorce’”.

⁶⁵¹ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 18-19. No original: “In tal modo si dimentica, peraltro, l'elementare criterio di tecnica giuridica in base al quale ‘le norme del diritto di famiglia non sono di regola applicabili per analogia’ (TRABUCCHI, *Pas, cit.*, p. 353) nè appare lecito questa ovvia considerazione in nome di una pretesa disparità di trattamento che dovrebbe condurre ad una generalizzata incostituzionalità della normativa in materia di famiglia legittima, qualora questa non fosse estesa anche alla famiglia di fatto”.

⁶⁵² GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 30-32. No original: “Parimenti norma eccezionale di favore per le persone legati da vincoli di sangue con militari in guerra è la norma di cui all'art. 6 della L. 13 marzo 1958 n. 356, in base al quale è estesa l'assistenza anche ai figli naturali non riconosciuti di militare caduto in guerra, quando il presunto padre abbia convissuto notoriamente *more uxorio* con la madre. Pur in questo caso non si tratta di salvaguardare la famiglia di fatto ma solamente di favorire, anche qui al limitato effeto assistenziale, il riconoscimento di paternità, mediante un ampliamento della previsione di cui all'allora vigente art. 268 n. 1 c.c. Tutte le altre norme, come del resto anche quest'ultima, spesso citate a riprova dell'esistenza di una tutela della famiglia di fatto, in realtà riguardano la filiazione naturale: così l'art. 2 del R.D. 17 luglio 1937 in tema di assegni familiari, successivamente confermato dalla sopravvenuta legislazione e in particolare dall'art. 3 del D.P.R. 30 maggio 1955 n. 797; l'art. 3 della L. 20 febbraio 1950 n. 64 in materia di infortuni sul lavoro; l'art. 1 lett. b) del D.L.Lg. 23 agosto 1917 n. 1450 in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro in agricoltura; il D.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124 in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e malattie professionali; l'art. 13 della L. 4 aprile 1952 n. 218 in materia di pensione di reversibilità ai figli inabili al lavoro. ...Questo è la ratio, ad esempio, dell'art. 28 della L. 2 luglio 1952 n. 703, sostitutivo dell'art. 112 del t.u. per la finanza locale 14 settembre 1931 n. 1175, che non dà rilievo alla famiglia di fatto ma alla mera convivenza e alla circostanza che i patrimoni dei conviventi, benchè plurimi e divisi, costituiscano tuttavia ‘una unità economica’. Viceversa il fatto storico della convivenza è collegato alla filiazione nel momento in cui il legislatore fiscale all'art. 4 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597 (istitutivo della imposta sul reddito delle persone fisiche) prevede l'imputazione al reddito del soggetto di imposta capofamiglia dei proventi dei figli naturali conviventi ovvero, all'art. 10 e 15, consente detrazioni di imposta dal reddito anche con riferimento ai figli naturali. D'altra parte anche in materia penale nulla dice in favore di un riconoscimento della struttura parafamiliare l'art. 30 primo comma della L. 26 luglio 1975 n. 354 alla cui stregua ‘nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai condannati e agli internati può essere concesso il permesso di recarsi a visitare, com le cautele previste

citando decisão do Tribunal de Gênova, que a própria Constituição italiana, no art. 2º.⁶⁵³, garante a liceidade da família de fato, mas não o princípio de que todos os atos de autonomia privada devam necessariamente prever igual tratamento pela família de fato e pela fundada no matrimônio⁶⁵⁴.

Mas, para o autor, é impossível falar em direito sucessório entre os conviventes⁶⁵⁵, mencionando, contudo, autores como ROPPO que entendem possível conceder aos conviventes direito sucessório⁶⁵⁶.

7.4. Direito Francês

Marcel PLANIOL e Jorge RIPERT distinguem dois sistemas sucessórios aplicáveis no direito sucessório francês originário: o direito hereditário consuetudinário e o direito das províncias de direito escrito, sendo que, nestas, aplicava-se o regime das Novelas 118 e 127, de Justiniano. O legislador revolucionário organizou, na lei do 17

dal regolamento, l'infermo'. Oltre tutto la norma fa riferimento ad una generica convivenza e non ad una specifica convivenza more uxorio".

⁶⁵³ “2.- La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (Em vernáculo: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja nas formações sociais, onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o adimplemento dos deveres inderogáveis de solidariedade política, econômica e social”) (para esta citação da Constituição italiana, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.cortecostituzionale.it>>, em 25/out./2004).

⁶⁵⁴ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 148. No original: “...dall'art. 2 della Costituzione può ricavarsi una garanzia di liceità della famiglia di fatto, ma non il principio che tutti gli atti di autonomia privata debbano necessariamente prevedere eguale trattamento, sotto ogni possibile profilo, per la famiglia di fatto e per quella fondata sul matrimonio”.

⁶⁵⁵ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 37. No original: “Inoltre va sottolineato che se il rapporto familiare viene meno non solo in caso di rottura della convivenza ma anche al raggiungimento della maggiore età dei figli, trattandosi di un rapporto funzionalizzato, non si potrebbe proiettare al di là di un termine già prefissato. Per questo motivo appare impossibile ipotizzare un qualsiasi diritto successorio tra i conviventi”.

⁶⁵⁶ ROPPO (*Come tutelare la famiglia di fatto?*). In: *Pol. dir.*, p. 22. Apud GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 37) questiona: “perchè non ipotizzare – sia pure con tutta la cautela richiesta da una materia particolarmente delicata – la possibilità di un qualche limitato diritto successorio del convivente sull'eredità del partner defunto?” (Em vernáculo: “por que não supor – seja mesmo com toda a cautela requerida por uma matéria particularmente delicada – a possibilidade de um qualquer limitado direito sucessório do convivente sobre a herança do parceiro falecido?”).

Nivoso do ano II, um sistema de transmissão original e complicado: a herança se atribuiria 1) aos descendentes; 2) aos ascendentes de acordo com o grau, aplicando-se a representação ao infinito, sendo que os colaterais “que descendem dos ascendentes mais próximos do defunto excluem os que descendem dos ascendentes mais distantes” (art. 77)⁶⁵⁷.

A doutrina francesa conseguiu elaborar, no século XVIII, um direito comum da França, com base nos trabalhos dos comentadores dos costumes, na jurisprudência do Parlamento de Paris, nas grandes *ordonnances* reais e na obra de sistematização de DOMAT. Este direito comum nasceu da fusão do direito consuetudinário de Paris e do direito romano. BOURJON escreveu nesta base, em 1747, o seu *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes*. A sua obra teve sucesso. O projeto do Código Civil de 1804 foi, em grande parte, inspirado pela obra de BOURJON⁶⁵⁸. André-Jean ARNAUD, depois de comparar a estrutura da obra de BOURJON com a do Código de 1804, afirma: Mas, neste arranjo, nós devemos reconhecer que ele é extraordinariamente próximo deste que será o plano do Código civil⁶⁵⁹.

Mas foi principalmente Robert POTHIER⁶⁶⁰ (1688-1772) que elaborou a síntese do direito francês tal como se apresentou no século XVIII, no tempo de uma evolução de vários séculos. POTHIER, magistrado, depois professor de direito francês em Orleans, publicou primeiro um *Commentaire de la Coutume d'Orleans* (1740), segundo a

⁶⁵⁷ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Traité pratique de droit civil français: successions*. Paris: LGDJ, 1956, t. 4, item 64, p. 117-119. No original: “Dans l’ancien droit français le principe essentiel du droit successoral coutumier était celui de la multiplicité des successions:... Le régime successoral des provinces de droit écrit qui étaient depuis une époque inconnue, celui des nouvelles 118 et 127, se rapprochait de celui des pays de coutumes par les acquêts; règles de l’ordre et du degré. ...Le législateur révolutionnaire organisa, dans la loi du 17 nivôse an II, une dévolution originale et compliquée. ...L’hérédité est attribuée: 1°. aux descendants; 2°. aux ascendants suivant la règle du degré. La représentation est admise à l’infini non seulement en ligne descendante mais encore en ligne collatérale: les collatéraux ‘qui descendent des ascendants les plus proches du défunt excluent ceux qui descendent des ascendants plus éloignés’ (art. 77); c’est le système des parentèles que les Codes allemand et suisse adopteront”.

⁶⁵⁸ Cf. MARTINAGE-BARANGER, R. *Bourjon et le Code Civil*. Paris, 1971. Apud GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Tradução: A. M. HESPANHA e L. M. Macaísta MALHEIROS. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 366.

⁶⁵⁹ ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code Civil français*. Paris: LGDJ, 1969, p. 159-163. No original: “Mais, dans cet arrangement, nous devons reconnaître qu’il est extraordinairement proche de ce que sera le plan du Code civil”.

⁶⁶⁰ Para um estudo aprofundado da influência de POTHIER na elaboração do Código Civil francês, vide, entre outros: DUNOYER, Luc Henry. *Blackstone et Pothier*. Paris: Rousseau, 1927, *passim*, especialmente às p. 37-62.

tradição dos comentadores, a seguir os *Pandectae in novem ordinem digestae* (1748), nos quais classificou e comentou os textos romanos em uma nova ordem que lhe pareceu natural e metódica⁶⁶¹. A obra principal de POTHIER foi um conjunto de tratados relativos às diversas partes do direito civil; o seu *Traité des obligations* foi publicado em 1760; depois surgiram os tratados do contrato de venda, do contrato de casamento, da comunidade, da propriedade e da posse etc. Eram exposições claras e precisas, bem ordenadas, que tratavam de uma maneira sistemática todos os aspectos das diversas partes do direito civil. Embora tenha sido muito influenciado pelos seus predecessores, tanto romanistas como consuetudinários, e apesar das suas teorias não serem sempre originais, o seu mérito principal residiu na escolha judiciosa das soluções, no método da exposição, na clareza da redação. Era principalmente jurista; não se perdia em teorias filosóficas: não foi muito influenciado pela escola do direito natural. Os tratados de POTHIER exerceram uma influência direta e considerável sobre a redação do Código Civil de 1804. Os redatores do projeto do ano VIII faziam deles a sua leitura quotidiana; transformaram numerosos textos de POTHIER em artigos do Código. Consideraram POTHIER “o pai espiritual do Código Civil”⁶⁶².

A Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 já dizia: “será feito um código das Leis comum a todo reino”⁶⁶³. E assim foi feito. O mais antigo Código Civil do mundo, o chamado Código de Napoleão⁶⁶⁴, de 1804, trata da sucessão no Título I do Livro III, que cuida Das diferentes maneiras de adquirir a propriedade⁶⁶⁵, depois do Livro I (Das pessoas), que inclui o Direito de Família⁶⁶⁶, e do Livro II (Dos bens e das diferentes

⁶⁶¹ POTHIER, R. *Costumes des baillage et prévôté d’Orleans et resorts d’iceux*. 5. ed. Orleans, 1740; FENET, A. F. *Pothier analysé des sens rapports avec le Code Civil*. Paris, 1829; PIRET, A. *La rencontre chez Pothier des conceptions et féodale de la propriété foncière*. Paris, 1937. Apud GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 366.

⁶⁶² GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 366.

⁶⁶³ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 51.

⁶⁶⁴ Conta-se do orgulho de Napoleão de seu Código, a ponto de dizer: “passará a fama das minhas batalhas, mas jamais a do meu Código Civil” (Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 52).

⁶⁶⁵ O Código Civil francês também não é dividido em Parte Geral e Parte Especial, como o nosso.

⁶⁶⁶ Bem notam MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François (*Leçons de droit civil: la famille*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1995, p. 4) que, no Código de Napoleão, não se encontra nem Livro, nem Título, nem Capítulo, nem Seção intitulada “Da família”. E mais, a palavra “família” é praticamente ausente do Código de 1804, salvo na expressão “conselho de família” e no art. 302, onde ela é sinônima de “parentesco” (No original: “*On peut ouvrir le Code civil; on n’y trouvera ni livre, ni titre, ni chapitre, ni section intitulé ‘De la famille’.* Bien mieux, le mot ‘famille’ est quasiment absent du Code de 1804, sauf dans l’expression ‘conseil de famille’ et dans l’article 302 où elle est synonyme de ‘parenté’”).

modificações da propriedade). Este Título é dividido em seis Capítulos, tratando o primeiro Da abertura da sucessão e da posse dos herdeiros; o segundo, Dos requisitos para suceder; o terceiro, Da ordem de vocação hereditária; o quarto, Do direito do Estado à herança; o quinto, Da aceitação e da renúncia à herança; o último, Da partilha.

No Código Civil francês, o cônjuge herda apenas após os descendentes, ascendentes e colaterais (art. 731⁶⁶⁷) até o 12º. grau, excepcionalmente (art. 755⁶⁶⁸), e desde que não esteja separado judicialmente ou divorciado (art. 765⁶⁶⁹), salvo se a

⁶⁶⁷ “Article 731: Les successions sont déférées aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants, à ses parents collatéraux et à son conjoint survivant, dans l’ordre et suivant les règles ci-après déterminées” (Em vernáculo: “Artigo 731: As sucessões são deferidas aos filhos e descendentes do falecido, a seus ascendentes, a seus parentes colaterais e a seu cônjuge sobrevivente, na ordem e segundo as regras adiante determinadas”). Os colaterais, contudo, podem preceder aos ascendentes, nos termos do art. 750: “Article 750: En cas de prédécès des père et mère d’une personne morte sans postérité, ses frères, soeurs ou leurs descendants sont appelés à la succession, à l’exclusion des ascendants et des autres collatéraux...” (Em vernáculo: “Artigo 750: Em caso de pré-morte de pai e mãe de uma pessoa morta sem descendência, seus irmãos, irmãs ou seus descendentes são chamados à sucessão, com exclusão de ascendentes e de outros colaterais...”).

⁶⁶⁸ “Article 755: Les parents collatéraux au-delà du sixième degré ne succèdent pas, à l’exception, toutefois, des descendants des frères et soeurs du défunt. Toutefois, les parents collatéraux succèdent jusqu’au douzième degré lorsque le défunt n’était pas capable de tester et n’était pas frappé d’interdiction légale. A défaut de parents au degré successible dans une ligne et de conjoint contre lequel il n’existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, les parents de l’autre ligne succèdent pour le tout” (Em vernáculo: “Artigo 755: Os parentes colaterais além do sexto grau não sucedem, à exceção, entretanto, de descendentes de irmãos e irmãs do falecido. Entretanto, os parentes colaterais sucedem até o décimo segundo grau quando o falecido não era capaz de testar e não sofria interdição legal. Na falta de parentes em grau sucessível em uma linha e o cônjuge contra o qual não existe julgamento de separação de corpos passada em força de coisa julgada, os ascendentes da outra linha sucedem em tudo”). Informa GILISSEN, John (Op. cit., p. 689) que, posteriormente, limitou-se o direito dos colaterais ao quarto grau. Já MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François (Op. cit., p. 5) dizem que a lei de 31 de dezembro de 1917 reduziu ao sexto grau (No original: “em 1804, les parents collatéraux jusqu’au douzième degré héritaient; depuis la loi du 31 décembre 1917: jusqu’au sixième”). No entanto, não consta ter havido alteração no texto do Código neste sentido.

⁶⁶⁹ “Article 765: Lorsque le défunt ne laisse pas de parenté au degré successible, ou s’il ne laisse que des collatéraux autres que des frères ou soeurs ou des descendants de ceux-ci, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit et contre lequel n’existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée” (Em vernáculo: “Artigo 765: Quando o falecido não deixa parente em grau sucessível, ou se ele só deixa colaterais outros que não irmãos ou irmãs ou descendentes deles, os bens de sua sucessão pertencem em plena propriedade ao cônjuge não divorciado que lhe sobreviva e contra o qual não exista julgamento de separação de corpos passada em força de coisa julgada”). Este dispositivo, aparentemente, conflita com os anteriormente citados, que dão preferência aos colaterais na sucessão em relação ao cônjuge. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (Op. cit., p. 573) interpreta esta regra dizendo que o cônjuge herda depois dos irmãos, mas antes dos demais colaterais. Já DELESTRAINT, Pierre Dupont (**Droit civil: contrat de mariage et régimes matrimoniaux; successions, libéralités**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1986, p. 61) aponta a seguinte ordem de vocação hereditária na França: 1) descendentes; 2) ascendentes privilegiados (pai e mãe) e colaterais privilegiados (irmãos e sobrinhos); 3) ascendentes ordinários (avós, bisavós etc); 4) colaterais ordinários (tios, primos, tio-avô etc); 5) cônjuge (No original: “Quatre ordres (ou classes) d’héritiers sont appelés à la succession dans un rang déterminé, chaque ordre primant les ordres suivants: 1º. l’ordre des descendants; 2º. l’ordre mixte des ascendants privilégiés (père et mère du de cujus) et des collatéraux privilégiés (frères et soeurs et leurs descendants); 3º. l’ordre des ascendants ordinaires; 4º. l’ordre des collatéraux ordinaires: oncles,

separação se der por culpa exclusiva do *de cuius*, ou se, sendo consensual, não houve cláusula de renúncia aos direitos sucessórios, casos em que o cônjuge sobrevivente conserva o direito sucessório mesmo após a separação (art. 301⁶⁷⁰). Anotam Marcel PLANIOL e Jorge RIPERT que esta perda de direitos não resultava da primitiva redação do Código; foi estabelecida pela lei de 1891, seguindo a idêntica disposição instaurada pela lei de 14 de julho de 1866 acerca dos direitos de autor⁶⁷¹. Mas, só havendo colaterais que não sejam irmãos do falecido ou descendentes, o cônjuge recolhe metade da herança (art. 766⁶⁷²), o que John GILISSEN chama de “sucessão irregular”⁶⁷³.

Ao cônjuge também se reserva o direito de usufruto sobre um quarto dos bens, se houver filhos, ou metade, não havendo (art. 767⁶⁷⁴), direito este que Marcel

tante, grand-oncle, grand-tante, cousins au degré successible. Le dernier ordre étant primé par le conjoint survivant (art. 767)”).

⁶⁷⁰ “Article 301: En cas de décès de l’un des époux séparés de corps, l’autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant. Il en est toutefois privé si la séparation de corps est prononcée contre lui suivant les distinctions faites à l’article 265. Lorsque la séparation de corps est prononcée sur demande conjointe, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 765 à 767” (Em vernáculo: “Artigo 301: Em caso de morte de um dos cônjuges separados de corpos, o outro cônjuge conserva os direitos que a lei concede ao cônjuge sobrevivente. Ele é em todo caso privado se a separação de corpos é pronunciada contra ele segundo as prescrições feitas no artigo 265. Quando a separação de corpos é pronunciada sob demanda conjunta, os cônjuges podem incluir na convenção uma renúncia aos direitos sucessórios que lhe são conferidos pelos artigos 765 a 767”).

⁶⁷¹ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Op. cit.*, item 122, p. 199. No original: “*Cette déchéance n’était pas prononcée par le texte primitif du Code, elle a été établie par la loi de 1891, à l’exemple de la disposition identique de la loi du 14 juillet 1866 sur les droits d’auteur*”.

⁶⁷² “Article 766: Lorsque le défunt ne laisse dans une ligne, paternelle ou maternelle, aucun parent au degré successible, ou s’il ne laisse, dans cette ligne, que des collatéraux autres que des frères ou soeurs ou des descendants de ceux-ci, la moitié de sa succession est dévolue, nonobstant les dispositions de l’article 753, au conjoint non divorcé qui lui survit et contre lequel n’existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée” (Em vernáculo: “Artigo 766: Quando o falecido não deixa em uma linha, paterna ou materna, nenhum parente em grau sucessível, ou se ele deixa, nessa linha, somente colaterais outros que não irmãos ou irmãs ou descendentes deles, a metade de sua sucessão é devolvida, não obstante as disposições do artigo 753, ao cônjuge não divorciado que lhe sobreviva e contra o qual não existe julgamento de separação de corpos passado em força de coisa julgada”).

⁶⁷³ GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 689.

⁶⁷⁴ “Article 767: Le conjoint survivant non divorcé, qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n’existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée a, sur la succession du prédécédé, un droit d’usufruit qui est: D’un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants soit légitimes, issus ou non du mariage, soit naturels; De moitié, si le défunt laisse des frères et soeurs, des descendants de frères et soeurs, des ascendants ou des enfants naturels conçus pendant le mariage. Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les biens existant au décès du de cuius, auxquels seront réunis fictivement ceux dont il aurait disposé soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, au profit de successibles, sans dispense de rapport. Mais l’époux survivant ne pourra exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n’aura disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire, et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour. Il cessera de l’exercer dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit. Jusqu’au partage définitif, les héritiers peuvent exiger, moyennant sûretés suffisantes et garantie

PLANIOL e Jorge RIPERT taxam de insuficiente, postulando a reforma da lei para seguir as legislações estrangeiras, mais benéficas ao cônjuge⁶⁷⁵. Ademais, o cônjuge não é tido por herdeiro necessário no direito francês; só o são os descendentes e os ascendentes, que têm quotas variáveis de um quarto à metade da herança, nos termos dos arts. 913, 914 e 916⁶⁷⁶. Marcel PLANIOL e Jorge RIPERT criticam o Código Civil francês nesse aspecto,

du maintien de l'équivalence initiale, que l'usufruit de l'époux survivant soit converti en une rente viagère équivalente. S'ils sont en désaccord, la conversion sera facultative pour les tribunaux" (Em vernáculo: "Artigo 767: O cônjuge sobrevivente não divorciado, que não sucede à plena propriedade e contra o qual não existe julgamento de separação de corpos passada em força de coisa julgada tem, sobre a sucessão do pré-morto, um direito de usufruto que é: de um quarto, se o falecido deixa um ou mais filhos sejam legítimos, obtidos ou não do casamento, sejam naturais; de metade, se o falecido deixa irmãos e irmãs, descendentes de irmãos e irmãs, ascendentes ou filhos naturais concebidos durante o casamento. O cálculo será operado sobre uma massa feita de todos os bens existentes à morte do *de cuius*, aos quais serão reunidos ficticiamente aqueles dos quais ele teria disposto seja por ato entre vivos, seja por ato testamentário, em proveito de sucessíveis, sem dispensa de colação. Mas o cônjuge sobrevivente só poderá exercer seu direito sobre os bens que o precedente não teria disposto nem por ato entre vivos nem por ato testamentário, e sem prejudicar os direitos de reserva nem os direitos de regresso. Ele cessará de o exercer no caso onde ele tiver recebido do falecido liberalidades, mesmo feitas por antecipação e à parte, no montante que alcançaria aqueles direitos que a presente lei lhe atribui, e, se esse montante for inferior, ele só pode reclamar o complemento de seu usufruto. Até a partilha definitiva, os herdeiros podem exigir, mediante garantias suficientes e garantia de manutenção do equivalente inicial, que o usufruto do cônjuge sobrevivente seja convertido em uma renda vitalícia equivalente. Se eles estão em desacordo, a conversão será facultativa para os tribunais").

⁶⁷⁵ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Op. cit.*, item 119, p. 195. No original: "*Il serait, sinon nécessaire, du moins très concevable, que notre loi s'orientât vers une systématisation du concours en pleine propriété du conjoint avec d'autres parents, en la fondant sur d'autres bases que la fente. Les législations étrangères les plus récentes ouvrent la voie dans ce sens*".

⁶⁷⁶ "*Article 913: Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels, hormis le cas de l'article 915*" (Em vernáculo: "Artigo 913: As liberalidades, seja por atos entre vivos, seja por testamento, não poderão exceder a metade dos bens do disponente, se ele só deixa à sua morte um filho; a terça parte, se ele deixa dois filhos; a quarta parte, se ele deixa três ou um número maior; sem que tenha havido lugar de distinguir entre os filhos legítimos e os filhos naturais, exceto o caso do artigo 915"). "*Article 914: Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne. Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder: ils auront seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée*" (Em vernáculo: "Artigo 914: As liberalidades, por atos entre vivos ou por testamento, não poderão exceder a metade dos bens, se, à falta de filhos, o falecido deixa um ou mais ascendentes em cada uma das linhas, paterna e materna, e os três quartos, se ele só deixa ascendentes em uma linha. Os bens assim reservados em proveito de ascendentes serão por eles recolhidos na ordem em que a lei lhes chama a suceder: eles só terão direito a esta reserva em todos os casos onde uma partilha em concorrência com colaterais não lhes daria a quota de bens à qual ele está fixado"). "*Article 916: A défaut d'ascendants et de descendants, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens*" (Em vernáculo: "Artigo 916: À falta de ascendentes e de descendentes, as liberalidades por atos entre vivos ou testamentários poderão esgotar a totalidade dos bens").

lamentando a não inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários⁶⁷⁷, sobretudo quando o cônjuge não concorre com outros herdeiros legítimos⁶⁷⁸.

Não há qualquer previsão no Código Civil francês de direito sucessório em uniões de fato⁶⁷⁹. Como nota Eduardo de Oliveira LEITE, na sistemática do direito francês, os componentes de um casal fora do casamento não herdam um do outro porque entre *partenaires* da união livre não existe nenhum laço de parentesco⁶⁸⁰. Christiane Bernet GRAVEREAUX diz que o casal fora do casamento não cria em direito uma família, pois não há “aliança” entre seus membros. Em consequência, salvo disposições testamentárias ou doações, eles não herdarão um do outro porque a lei ignora sua união no direito das sucessões. Daí resulta que, no caso de um dos conviventes morrer sem deixar filhos ou parentes próximos, a sucessão será devolvida eventualmente a um colateral, sem que aquela que foi a companheira de sempre possa reclamar a menor parte⁶⁸¹. No mesmo sentido, diz Michael GRIMALDI que, salvo entre esposos, a *aliança* não confere nenhum direito de sucessão. A concubinação não cria nenhuma vocação hereditária. E dá o autor as seguintes razões do princípio: 1) aqueles que escolheram viver lado a lado, mas juridicamente estranhos um do outro, devem, em respeito a sua escolha, ser tratados como tal; 2) não existem direitos sem deveres; ora, a concubinação é uma área de liberdade: não se saberia justificar uma vocação hereditária sobre uma ligação se, por ora, nenhuma constatação legal séria foi organizada neste sentido⁶⁸².

⁶⁷⁷ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Op. cit.*, item 118, p. 194. No original: “*Toutefois le législateur n’a pas affermi la vocation héréditaire du conjoint en lui attribuant une réserve*”.

⁶⁷⁸ PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Op. cit.*, item 119, p. 196. No original: “*Une bonne solution consisterait, à notre sens, à lui constituer une part réservée dans les hypothèses où il n’est pas en concours avec d’autres héritiers réservataires*”.

⁶⁷⁹ No mesmo sentido: DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁸⁰ Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários...** *cit.*, p. 47.

⁶⁸¹ Cf. GRAVEREAUX, Christiane Bernet. **L’union libre: le couple hors mariage**, p. 81. *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários...** *cit.*, p. 47.

⁶⁸² GRIMALDI, Michel. **Droit civil: successions**. Paris: Librairie de la Cour de Cassation, [s.d.], p. 97. No original: “*Sauf entre époux, l’alliance ne confère aucun droit de succession. Jamais on n’hérite d’un parent de son conjoint: de ses beaux-parents, de ses beaux-frères ou belles-sœurs. Jamais non plus, on n’hérite du conjoint de l’un de ses parents: de son gendre ou de sa bru, de son parâtre ou de sa marâtre. Le concubinage ne crée aucune vocation héréditaire. Raisons de fond: 1) ceux qui ont choisi de vivre côte à côte, mais juridiquement étrangers l’un à l’autre, doivent, par respect de leur choix, être traités comme tels; 2) des droits ne vont généralement pas sans devoirs; or le concubinage doit être une aire de liberté. Raison de preuve (mêlée de fond): on ne saurait asseoir une vocation héréditaire sur un lien dont, pour l’heure, aucune constatation légale sérieuse n’est organisée*”.

Mas, em face da realidade francesa de situações convivenciais fora do casamento, e ante o desejo de conservar a instituição matrimonial, pondera Françoise ALT-MAES se não seria o caso de o legislador reconhecer um estatuto ao concubinato, ao lado do estatuto da união legítima; possibilidade que, a final, nega. E aduz, ainda, que, com esse estatuto dos concubinos, então, a concepção da família seria alterada e o concubinato se tornaria, juridicamente, um pré-casamento, sendo certo que as disposições legislativas recentes dão a entender que esse estatuto se desenha⁶⁸³. Na verdade, como diz Francesco GAZZONI, é paradigmática a experiência francesa: depois de uma primeira declaração de indiferença do Código de Napoleão, passou-se a um estado desfavorável da jurisprudência, que qualificava de ilícita a união adúltera e irrelevante a união livre⁶⁸⁴.

7.5. Direito Alemão

No curso do século XIX, alguns estados Germânicos se aventuraram para codificar suas próprias leis, mas apenas o reino da Saxônia conseguiu editar um Código Civil, em 1865, seis anos antes da fundação do Estado alemão. Savigny fundou a ciência dos direitos das classes (*Rechtswissenschaft*) quando voltou sua atenção para os seguidores da Lei romana antiga e iniciou a versão contemporânea dos comentários e distorções sobre os 800 anos de estudo e prática do direito. O resultado do historicismo legal de Savigny era uma nova visão da ciência do direito. Ela foi intitulada “pandectista”, porque usou o mais

⁶⁸³ ALT-MAES, Françoise. *La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, out.-dez./1983, v. 4, p. 642 e 691. Apud AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 262-263.

⁶⁸⁴ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 2. No original: “Paradigmatica, da questo punto di vista, è l’esperienza francese: dopo una prima dichiarazione di laica indifferenza ad opera di Napoleone (‘Les concubins se passent de la loi. La loi se désintéresse d’eux’), si è passati ad un sostanziale disfavore della giurisprudenza che qualifica illecita l’unione adúltera e irrilevante quella libera, giungendo perfino a dichiarare nullo per immoralità il legato con cui il concubino adúltero attribuiva alla concubina il diritto di farsi seppellire nella tomba della di lui famiglia, fino alle più recenti pronuncie che hanno invece ammesso il risarcimento da uccisione del convivente pur se adúltero. C’è però da dire che, tutto sommato, dottrina e giurisprudenza francesi sono molto cauti nel dare rilevanza alla libera unione nè può ravvisarsi un vero e proprio movimento favorevole alla c.d. famiglia di fatto. Gli stessi contributi dottrinari prendono spunto di volta in volta da singoli casi giurisprudenziali, marcando invece un contributo di più vasta portata”.

importante corpo de leis romanas, o Digesto (cujo sinônimo grego era *Pandectae*), para construir um consistente e lógico sistema de conceitos, normas e princípios⁶⁸⁵.

O cenário estava, portanto, configurado para o que seria o grito simbólico da Alemanha legal unida: um Código Civil comum a toda a nação. Este período gestacional durou vinte e seis anos. A primeira comissão consistiu de onze juízes, oficiais e professores (dentre eles o mais famoso professor pandectista da época, Bernhard Windscheid), que produziram um esboço que fora publicado em 1888. Isto incitou um vigoroso debate público e encontrou severas críticas como sendo muito abstrato, pedante e doutrinário. Um conhecido comentarista lamentou a ausência de “uma gota de óleo socialista”⁶⁸⁶. Anota Sílvio VENOSA que “tal projeto foi bastante criticado, principalmente por dar pouca atenção às necessidades sociais da época e por ser trabalho de gabinete”⁶⁸⁷.

A segunda comissão (desta vez formada por alguns que não eram juristas, dentre eles três membros que eram fazendeiros) foi designada em 1890. O segundo esboço não foi, entretanto, substancialmente diferente do primeiro. O Parlamento imperial alemão debateu o Código em 1896 e fez poucas emendas aqui e ali. O Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) foi aprovado com uma confortável maioria e assinado como lei pelo Imperador Wilhelm II. Ele entrou em vigor quando muitas pessoas acreditaram ser o início de uma nova era: 1º. de janeiro de 1900. Naquela data o *Deutsche Juristenzeitung* publicou um imenso título em sua primeira página: “*Ein Volk. Ein Reich. Ein Recht*” (Um povo. Um império. Uma Lei), e Ernst von Wildenbruch celebrou o grande

⁶⁸⁵ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *An introduction to german legal cultura*. In: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. *Introduction to german law*. Boston: Kluwer Law, 1996, p. 3-5. No original: “*In the course of the 19th century, several other German states attempted to codify their private law, but only the kingdom of Saxony managed to enact a civil code. That was in 1865, a mere six years before the foundation of the German Reich... Savigny himself laid the foundations for this kind of legal science (Rechtswissenschaft) when he turned his attention, and that of his followers, to the Roman law of the antiquity and started to rid its contemporary version of all the accretions and distortions brought about by some 800 years of scholarship and legal practice. The result of Savigny’s legal historicism was a new approach to legal science. It was dubbed ‘pandectist’ because it used the most important body of the Roman legal sources, the Digest (Greek synonym: Pandectae), to build an internally consistent and logical system of concepts, rules and principles*”.

⁶⁸⁶ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Op. cit.*, p. 6. No original: “*The scene was thus set for what was to be the crowning symbol of German legal unity: a civil code common to the whole nation. Its gestation period was 26 years. A First Commission consisting of 11 judges, officials and professors (among them the most famous pandectist scholar of his time, Bernhard Windscheid) produced a draft that was published in 1888. It aroused a vigorous public debate and encountered sharp criticism as being too abstract, pedantic and ‘doctrinaire’.* A well-known commentator mourned the absence of even ‘a drop of socialist oil’”.

⁶⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 126.

evento com uma poesia emocionada. Isto marcou o apogeu do período do legal-nacionalismo⁶⁸⁸.

O BGB é marcado por uma conceitual abstração que causou, e continua causando, tanto admiração quanto temor. Termos técnicos são quase invariavelmente utilizados em um só sentido; a maneira pela qual as sentenças são construídas indica onde a carga de demonstração se apresenta; e muitas seções podem apenas ser compreendidas propriamente quando elas são lidas em conjugação com outras provisões em lugares distantes do Código. A lógica interna deste tipo de plano é usualmente magnífica, mas isto não promove a compreensibilidade do Código⁶⁸⁹.

O Código Civil alemão (BGB⁶⁹⁰), de 1896, que entrou em vigor em 1900, seguiu modelo completamente diverso do francês⁶⁹¹. Trata do direito sucessório no Livro V, depois, portanto, da Parte Geral (Livro I), do Direito das Obrigações (Livro II), do Direito das Coisas (Livro III) e do Direito de Família (Livro IV). O Livro V está dividido em nove seções, dos §§ 1922 a 2385, em ordem bastante diferente em relação ao nosso

⁶⁸⁸ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Op. cit.*, p. 6-7. No original: “A second commission (this time containing some nonlawyers, among them three members of the landed gentry) was appointed in 1890. The second draft did not, however, substantially differ from the first one. The Imperial German Parliament debated the code in 1896 and made a few amendments here and there... Nevertheless, the Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) was adopted with a comfortable majority and signed into law by Emperor Wilhelm II. It came into force on what many people believed to be the beginning of a new era: January 1, 1900. On that day, the *Deutsche Juristenzeitung* carried a large heading on its front page: ‘Ein Volk. Ein Reich. Ein Recht’ [One People. One Empire. One Law], and Ernst von Wildenbruch celebrated the great event with an impassioned poem. It marked the apogee of the age of legal nationalism”.

⁶⁸⁹ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Op. cit.*, p. 9. No original: “But the BGB is marked by a degree of conceptual abstraction that has caused, and continues to cause, both admiration and consternation. Technical terms are almost invariably used in one and the same sense: the way in which a sentence is constructed indicates where the burden of proof lies; and many sections can only be understood properly when they are read in conjunction with other provisions in far-away corners of the code. The internal logic of this kind of arrangement is usually quite magnificent, but it does not promote the code’s comprehensibility”.

⁶⁹⁰ A sigla BGB é a abreviatura de *Bürgerliches Gesetzbuch*, que significa, em nossa língua, Código Civil.

⁶⁹¹ Anota, a propósito, LOPES, José Reinaldo de Lima (*Op. cit.*, p. 301) que o modelo alemão era o da “ciência do direito” de estilo pandectístico, o direito dos professores (*Professorenrecht*), voltado para a precisão da linguagem conceitual, afastada do senso comum do leigo.

Código e à maioria dos demais⁶⁹². E não é só: a ordem de vocação hereditária é também bem distinta das demais legislações⁶⁹³.

A lei alemã sobre sucessão é uma mescla de idéias do direito germânico e romano. Provêm da lei romana os princípios universais de sucessão, liberdade de disposição testamentária e de sucessão dos parentes mais próximos. Em primeiro lugar deverá se ater à nomeação dos herdeiros. A sucessão dos parentes mais próximos provém da *successio ab intestatio*. Apesar do princípio legal da instituição da doação testamentária, a carga testamentária e os princípios limitadores da suscetibilidade dos herdeiros dos débitos do espólio, a lei romana já versava com outros componentes da nossa lei atual. Por outro lado, o contrato de herança e de co-herança era ignorado na lei romana. Reconhecer estas instituições seria o mesmo que contraditar o valor reconhecidamente inestimável do princípio de liberdade testamentária. Ao contrário, a lei germânica de sucessões é originária na lei doméstica⁶⁹⁴.

A Primeira Seção do citado Livro V, intitulada Sucessão Hereditária (*Erbfolge*), trata, entre outras coisas, da ordem de vocação hereditária, chamando, em primeiro lugar, os descendentes (§ 1924⁶⁹⁵). A partir daí, como notam Carsten

⁶⁹² Com efeito, a Seção I intitula-se *Erbfolge* (sucessão hereditária); a II, *Rechtliche Stellung des Erben* (posição jurídica dos herdeiros); a III, *Testament* (testamento); a IV, *Erbvertrag* (pacto sucessório); a V, *Pflichtteil* (legítima); a VI, *Erbunwürdigkeit* (indignidade sucessória); a VII, *Erbverzicht* (renúncia sucessória); a VIII, *Erbschein* (certificado de herança); a IX, *Erbschaftskauf* (compra de herança).

⁶⁹³ Não concordamos, *data venia*, com OLIVEIRA, Euclides Benedito de (*Op. cit.*, p. 52), quando afirma que a diversidade é apenas na forma de expor, não no conteúdo. Como veremos no texto em seguida, a ordem de vocação alemã é materialmente diversa de todas as demais legislações que estudamos, pois chama, v.g., irmãos antes dos avós.

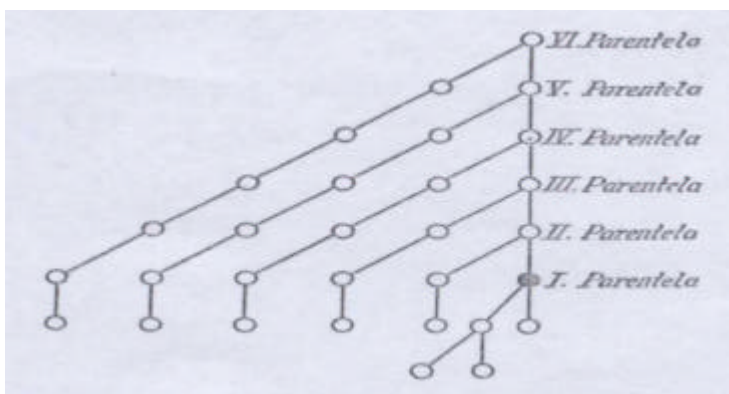
⁶⁹⁴ Cf. EBENROTH, Carsten Thomas; AUER, Thomas. *The law of succession*. In: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. *Introduction to german law*. Boston: Kluwer Law, 1996, p. 273. No original: “*The German law of succession is a mixture of Germanic and Roman legal thought. Derived from Roman law are the principles of universal succession (successio per universitatem), freedom of testamentary disposition and the succession of kin. The will stands in first place as the basis for the nomination of heirs. The succession of kin became successio ab intestatio. With the legal institution of the testamentary gift, the testamentary burden and the principle of limited liability of the heir for the debts of the estate, Roman law was already familiar with other components of our present law. On the other hand, the contract of inheritance and the joint will were unknown in Roman law. Recognizing these institutions would have contradicted the high value placed upon the principle of testamentary freedom. In contrast, the germanic law of succession is rooted in the law of the household*”.

⁶⁹⁵ “1924 [Gesetzliche Erben erster Ordnung] (1) Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers. (2) Ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der Erbfolge aus. (3) An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlinges treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen). (4) Kinder erben zu gleichen Teilen” (Em vernáculo: “§ 1924. [Herdeiros legítimos de primeira ordem] (1) Herdeiros legítimos de primeira ordem são os descendentes do autor da herança. (2) Um descendente vivo ao tempo da abertura da sucessão do autor da herança

EBENROTH e Thomas AUER, todas as classes são caracterizadas por um ancestral comum com seus descendentes⁶⁹⁶. Na segunda ordem são chamados os pais⁶⁹⁷ e seus descendentes (§ 1925⁶⁹⁸); na terceira, os avós e seus descendentes (§ 1926⁶⁹⁹); na quarta, os

exclui da sucessão hereditária os descendentes aparentados com o autor da herança através dele. (3) Os descendentes aparentados com o autor da herança através de um descendente que já não vive ao tempo da abertura da sucessão, assumem a posição deste (sucessão por estirpe). (4) Os filhos herdram em partes iguais”).

⁶⁹⁶ Cf. EBENROTH, Carsten Thomas; AUER, Thomas. *Op. cit.*, p. 279. No original: “Every class is characterized by a common progenitours. From class to class, proceeding in the ascending line, a review is made of the persons who are descended from the decedent, his parents, his grandparents, his great grandparents, etc.”. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín (*Op. cit.*, p. 39) ilustram essa ordem com a seguinte figura:



⁶⁹⁷ Anotam ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín (*Op. cit.*, p. 40) que o direito sucessório dos ascendentes, em especial o da mãe, é tradicionalmente chamado *Schossfallrecht* (literalmente: “direito que cai no regaço” ou “que volta ao seio”). No original: “El derecho sucesorio de los ascendientes (propiamente sólo el de la madre) se llama tradicionalmente *Schossfallrecht* [literalmente: ‘derecho que cae en el regazo’ o ‘que vuelve al seno’...]”.

⁶⁹⁸ “§ 1925 [Gesetzliche Erben zweiter Ordnung] (1) Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. (2) Leben zur Zeit des Erbfalls die Eltern, so erben sie allein und zu gleichen Teilen. (3) Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so erbt der überlebende Teil allein. (4) In den Fällen des § 1756 sind das angenommene Kind und die Abkömmlinge der leiblichen Eltern oder des anderen Elternteils des Kindes im Verhältnis zueinander nicht Erben der zweiten Ordnung” (Em vernáculo: “§ 1925. [Herdeiros legítimos de segunda ordem] (1) Herdeiros legítimos de segunda ordem são os pais do autor da herança e os descendentes destes. (2) Se ao tempo da abertura da sucessão vivem os pais, herdram apenas eles e por partes iguais. (3) Se ao tempo da abertura da sucessão já não vive o pai ou a mãe, assumem a posição do falecido seus descendentes segundo as disposições válidas para a sucessão na primeira ordem. Se não existem descendentes, herda a parte sobrevivente somente. (4) Nos casos do § 1756, o filho adotivo e os descendentes dos pais biológicos ou dos outros pais da criança [pais adotivos] não são herdeiros da segunda ordem entre si”).

⁶⁹⁹ “1926 [Gesetzliche Erben dritter Ordnung] (1) Gesetzliche Erben der dritten Ordnung sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. (2) Leben zur Zeit des Erbfalls die Großeltern, so erben sie allein und zu gleichen Teilen. (3) Lebt zur Zeit des Erbfalls von einem Großelternpaar der Großvater oder die Großmutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so fällt der Anteil des Verstorbenen dem anderen Teile des Großelternpaars und, wenn dieser nicht mehr lebt, dessen Abkömmlingen zu. (4) Lebt zur Zeit des Erbfalls ein Großelternpaar nicht mehr und sind Abkömmlinge der Verstorbenen nicht vorhanden, so erben die anderen Großeltern oder ihre Abkömmlinge allein. (5) Soweit Abkömmlinge an die Stelle ihrer Eltern oder ihrer Voreltern treten, finden die für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften Anwendung” (Em vernáculo: “§ 1926. [Herdeiros legítimos de terceira ordem] (1) Herdeiros legítimos de terceira ordem são os avós do falecido e os descendentes destes. (2) Se ao tempo da morte do falecido

bisavós e seus descendentes (§ 1928⁷⁰⁰); por fim, chama a lei à sucessão os demais ascendentes e seus descendentes⁷⁰¹ (§ 1929⁷⁰²), ilimitadamente⁷⁰³. Prevalece a ordem de classes na vocação, de maneira que um parente mais distante não é chamado à herança se houver outro mais próximo (§ 1930⁷⁰⁴). A maioria dos artigos referentes à sucessão legítima está com a redação alterada, seja pela Lei de 19 de agosto de 1969, seja pela Lei de Reforma do Direito de Família, de 14 de junho de 1976, seja ainda pela Lei de 18 junho de 1957.

O cônjuge é chamado a concorrer com parentes de todas as classes antes citadas, recebendo um quarto da herança se concorrer com parentes da primeira classe, ou metade, nos demais casos, e recolhendo toda a herança se não há parentes da primeira ou da segunda ordem, nem avós. Faltando um dos avós, o cônjuge recebe também a quota da

vivem os avós, herdando apenas eles e por partes iguais. (3) Se ao tempo da abertura da sucessão já não vivem o avô ou a avó, de um mesmo casal de avós, assumem a posição do falecido seus descendentes. Se não existem descendentes, caberá a quota do falecido ao outro membro do casal de avós e, se este já não vive, aos seus descendentes. (4) Se ao tempo da morte do falecido já não vivem um dos casais de avós e não existem descendentes dos falecidos, herdando somente os outros avós ou seus descendentes. (5) Sempre que assumem descendentes na posição de seus pais ou de seus ascendentes, aplicam-se as disposições existentes para a sucessão na primeira ordem”).

⁷⁰⁰ “§ 1928 [Gesetzliche Erben vierter Ordnung] (1) Gesetzliche Erben der vierten Ordnung sind die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. (2) Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern, so erben sie allein; mehrere erben zu gleichen Teilen, ohne Unterschied, ob sie derselben Linie oder verschiedenen Linien angehören. (3) Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern nicht mehr, so erbt von ihren Abkömmlingen derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Teilen” (Em vernáculo: “§ 1928. [Herdeiros legítimos da quarta ordem] (1) Herdeiros legítimos de quarta ordem são os bisavós do falecido e os descendentes destes. (2) Se ao tempo da abertura da sucessão vivem bisavós, herdando apenas eles; se são vários herdando por partes iguais sem se levar em conta se pertencem à mesma linha ou a distintas linhas. (3) Se ao tempo da morte do falecido já não vivem bisavós, herda aquele de seus descendentes que está aparentado com o falecido em grau mais próximo; vários parentes igualmente próximos herdando por partes iguais”).

⁷⁰¹ Não se compreende, *data venia*, a razão pela qual ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín (*Op. cit.*, p. 45) dizem que, para a quarta ordem e seguintes, o Código alemão segue um sistema mais simples, desaparecendo o direito dos descendentes na herança (No original: “Para el cuarto orden y los ulteriores, §§ 1.928, 1.929, el C. c. sigue un sistema más simple. Desaparece el derecho de los descendientes a entrar en la herencia”). Como se vê da simples leitura do § 1929, também na quarta ordem se incluem os descendentes (“und deren Abkömmlinge”).

⁷⁰² “1929 [Fernere Ordnungen] (1) Gesetzliche Erben der fünften Ordnung und der ferneren Ordnungen sind die entfernteren Voreltern des Erblassers und deren Abkömmlinge. (2) Die Vorschriften des § 1928 Abs. 2, 3 finden entsprechende Anwendung” (Em vernáculo: “§ 1929. [Disposições adicionais] (1) Herdeiros legítimos de quinta ordem e de ordens mais remotas são os ascendentes mais distantes do autor da herança e os descendentes destes. (2) Aplicam-se as disposições do § 1928, alíneas 2 e 3”).

⁷⁰³ Cf. EBENROTH, Carsten Thomas; AUER, Thomas. *Op. cit.*, p. 279. No original: “The number of classes is not limited”.

⁷⁰⁴ “§ 1930 [Rangfolge der Ordnungen] Ein Verwandter ist nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist, auch wenn diesem nur ein Erbersatzanspruch zusteht” (Em vernáculo: “§ 1930 [Concorrência das ordens] Um parente não é chamado à sucessão enquanto exista outro parente de uma ordem precedente, mesmo quando a este caiba apenas uma pretensão de herdeiro substituto”).

outra metade que corresponderia aos descendentes do pré-morto (§ 1931⁷⁰⁵). Mas, como explicam ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, se o avô que falta não deixou descendentes, o cônjuge não recebe essa quota, que passa aos demais avós⁷⁰⁶, disposição que é objeto de crítica dos autores⁷⁰⁷. Se o cônjuge for também parente do *de cuius*, recebe ambas as quotas, como parente e como cônjuge (§ 1934⁷⁰⁸). Como notam ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, a separação das porções hereditárias tem aqui o mesmo sentido que no caso de duplo parentesco⁷⁰⁹.

Concorrendo com parentes da segunda ordem ou com avós, afóra a porção hereditária, tem direito, como “vantagem”, aos objetos pertencentes ao domicílio

⁷⁰⁵ “1931 [Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten] (1) Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Vierteile, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde. (2) Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft. (3) Die Vorschriften des § 1371 bleiben unberührt. (4) Bestand beim Erbfall Gütertrennung und sind als gesetzliche Erben neben dem überlebenden Ehegatten ein oder zwei Kinder des Erblassers berufen, so erben der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen; § 1924 Abs. 3 gilt auch in diesem Falle” (Em vernáculo: “§ 1931. [Direito sucessório do cônjuge] (1) O cônjuge supérstite do autor da herança é chamado como herdeiro legítimo a uma quarta parte da herança se concorre com parentes da primeira ordem, e à metade da mesma se concorre com parentes da segunda ordem ou com avós. Se avós concorrem com descendentes de avós, o cônjuge recebe também da outra metade a quota que segundo o § 1926 corresponderia aos descendentes. (2) Se não existem nem parentes da primeira nem da segunda ordem, nem avós, o cônjuge supérstite recebe toda a herança. (3) As disposições do § 1371 permanecem inalteradas. (4) Existindo ao tempo da abertura da sucessão regime de separação de bens e sendo nomeados como herdeiros legítimos ao lado do cônjuge sobrevivente um ou dois filhos do autor da herança, herdará o cônjuge sobrevivente e cada filho partes iguais. O § 1924 alínea 3 aplica-se também neste caso”).

⁷⁰⁶ Cf. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Op. cit.*, p. 56. No original: “Si falta un abuelo o abuela, el cónyuge recibe también la cuota de la otra mitad que hubiera correspondido a los descendientes del premuerto. Pero si el abuelo que falta no há dejado descendientes, aquella cuota no la recibe el cónyuge, sino los demás abuelos”. Tal disposição, contudo, não encontramos no Código alemão.

⁷⁰⁷ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Op. cit.*, p. 56. No original: “Realmente esto no es consecuente; más bien debería esperarse que también en este caso la participación correspondiera al cónyuge. Y ello porque, como los descendientes de los abuelos desaparecidos preceden a los otros abuelos, y el cónyuge precede a los descendientes, también tendría que preceder el cónyuge a los otros abuelos”.

⁷⁰⁸ “§ 1934 [Erbrecht des verwandten Ehegatten] Gehört der überlebende Ehegatte zu den erbberechtigten Verwandten, so erbt er zugleich als Verwandter. Der Erbteil, der ihm auf Grund der Verwandtschaft zufällt, gilt als besonderer Erbteil” (Em vernáculo: “§ 1934 [Direito sucessório do cônjuge parente] Se o cônjuge supérstite pertence à classe dos parentes com direito à herança, herda igualmente como tal parente. A porção hereditária que lhe corresponde com base no parentesco vale como porção hereditária independente”).

⁷⁰⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Op. cit.*, p. 57. No original: “La separación de las porciones hereditarias tiene aquí el mismo sentido que en el caso de doble parentesco”.

conjugal (§ 1932⁷¹⁰). Mas o direito sucessório e o direito à “vantagem” são excluídos desde que, ao tempo da abertura da sucessão, estivessem preenchidos os pressupostos para o divórcio e o *de cuius* o tenha requerido ou a ele anuiu (§ 1933⁷¹¹). Como notam Carsten EBENROTH e Thomas AUER, o pré-requisito para o direito do cônjuge é a existência do casamento no momento da morte do *de cuius*⁷¹².

O cônjuge, no direito alemão, é tido como herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e dos pais do *de cuius*, sendo de metade a legítima, nos termos do § 2303 do BGB⁷¹³.

Não trata o BGB de qualquer espécie de união informal, não cuidando, em consequência, de sucessão para companheiros. Não obstante, como informam

⁷¹⁰ “§ 1932 [Voraus des Ehegatten] (1) Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm außer dem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind, und die Hochzeitsgeschenke als Voraus. Ist der überlebende Ehegatte neben Verwandten der ersten Ordnung gesetzlicher Erbe, so gebühren ihm diese Gegenstände, soweit er sie zur Gührung eines angemessenen Haushalts benötigt. (2) Auf den Voraus sind die für Vermächtnisse geltenden Vorschriften anzuwenden” (Em vernáculo: “§ 1932. [Vantagens do cônjuge] (1) Se o cônjuge supérstite é herdeiro legítimo em concorrência com parentes da segunda ordem ou em concorrência com avós, além da quota hereditária, pertencem-lhe como vantagens os objetos pertencentes ao lar conjugal, sempre que não sejam pertencas de um imóvel, e os presentes nupciais. Se o cônjuge supérstite é herdeiro legítimo em concorrência com parentes da primeira ordem, pertencem-lhe estes objetos na medida em que sejam necessários para a apropriada manutenção do lar doméstico. (2) Às vantagens, são aplicados os dispositivos válidos para os legados”).

⁷¹¹ “§ 1933 [Ausschluss des Ehegattenerbrechts] Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten sowie das Recht auf den Voraus ist ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Das gleiche gilt, wenn der Erblasser auf Aufhebung der Ehe zu klagen berechtigt war und die Klage erhoben hatte. In diesen Fällen ist der Ehegatte nach Maßgabe der §§ 1569 bis 1586b unterhaltsberechtig” (Em vernáculo: “§ 1933 [Exclusão do direito sucessório do cônjuge] O direito sucessório do cônjuge supérstite, assim como o direito à vantagem, está excluído se, ao tempo da morte do autor da herança, estavam preenchidos os pressupostos para o divórcio e o autor da herança o tenha requerido ou a ele anuiu. O mesmo vale quando o autor da herança estiver autorizado a requerer a anulação do casamento e a ação tenha sido proposta. Nestes casos o cônjuge tem direito a pensão alimentícia, de acordo com os §§ 1569 a 1586b”).

⁷¹² Cf. EBENROTH, Carsten Thomas; AUER, Thomas. *Op. cit.*, p. 283. No original: “...the prerequisite for a spouse’s right to inherit is the existence of a marriage at the time of the decedent’s death”.

⁷¹³ “§ 2303 [Pflichtteilsberechtigte; Höhe des Pflichtteils] (1) Ist ein Abkömmling des Erblassers durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, so kann er von dem Erben den Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. (2) Das gleiche Recht steht den Eltern und dem Ehegatten des Erblassers zu, wenn si durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sind. Die Vorschriften des § 1371 bleiben unberührt” (Em vernáculo: “§ 2303 [Habilitação à legítima; montante da legítima] (1) Se um descendente do autor da herança está excluído da sucessão por disposição por causa de morte, pode exigir do herdeiro a legítima. A legítima consiste na metade do valor da herança legal. (2) O mesmo direito cabe aos pais e ao cônjuge do falecido, se estão excluídos da sucessão hereditária por disposição por causa de morte. As disposições do § 1371 permanecem inalteradas”).

STRAETZ e GERNHUBER, o *Konkubinat* é hoje de larga utilização na Alemanha, usando os juristas a complexa expressão “*eheähnliche Gemeinschaft*”⁷¹⁴ (comunhão semelhante ao casamento), salientando NEUHAUS que a alteração terminológica objetiva superar o sentido pejorativo carregado ao termo concubinato⁷¹⁵. Já Ina ASHTON fala em “*nichteheliche Lebensgemeinschaft*” para significar a “união conjugal de fato (sem vínculo matrimonial)”⁷¹⁶. E Francesco GAZZONI arrola diversos subsídios que o sistema alemão dá aos concubinados, dizendo ainda que o § 122 da BSHG (*Bundessozialhilfegesetz*), de 13 de fevereiro de 1976, estatuiu que “os sujeitos que vivem em uma situação comunitária análoga à de uma família legal não podem, no que se refere aos pressupostos da medida dos subsídios de caráter social, receber um tratamento mais favorável que à família legal”⁷¹⁷.

7.6. Direito Mexicano

O México antigo teve colonização bem anterior à do Brasil. Yucatan, Honduras, Guatemala, Nicarágua e o México ainda hoje ostentam as ruínas de antigas cidades e monumentos devidos ao engenho e esforço de povos que a história conhece pelas denominações de Olmecas, Toltecas, Miztecas, Zapotecas, Chichimecas e Astecas – todos, ao que parece, descendentes do tronco Nahuatl. Uma dessas populações, a dos astecas, fundou provavelmente, em princípios do século XIV, a cidade de Tenochtlan ou México, cujos primeiros edifícios foram algumas pequenas cabanas feitas de madeira ou de barro. É difícil dizer como desse estágio inferior chegaram os mexicanos à civilização, que os espanhóis vieram a encontrar no século XVI. A verdade é que eles progrediram original e

⁷¹⁴ STRAETZ. *Rechtsfragen des Konkubinats in Ueberblick*. In: *Zeit. für das ges. Familienrecht*, 1980, p. 303; GERNHUBER. *Ehe und Familie als Begriffe des Rechts*. In: *Zeit. für das ges. Familienrecht*, 1981, p. 723. Apud GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 5.

⁷¹⁵ NEUHAUS. *Finis familiae?*. In: *Zeit. für das ges. Familienrecht*, 1982, p. 1. Apud GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 5.

⁷¹⁶ ASHTON, Ina Warncke. *Op. cit.*, p. 85.

⁷¹⁷ GAZZONI, Francesco. *Op. cit.*, p. 27-28. Eis o texto da lei transcrito em italiano na obra citada: “*I soggetti che vivono in una situazione comunitaria analoga a quella di una famiglia legale, non possono, sia per quanto riguarda i presupposti che la misura dei sussidi di carattere sociale, ricevere un trattamento più favorevole rispetto alla famiglia legale*”.

rapidamente. Os astecas não formavam um Estado compacto e centralizado, mas confederações de tribos, as quais reconheciam como chefe supremo um rei originariamente eleito e cujos sucessores hereditários e legais deviam ser confirmados pelo voto popular. Fora o soberano, todos os demais cargos ou dignidades não eram hereditários; era a eleição popular que indicava os seus ocupantes e titulares. O regime do matriarcado predominou nos primeiros tempos por largo tempo, na família dos astecas, nas relações de pais e filhos. Só muito mais tarde foi sucedido pelo patriarcado. Apesar disso e da existência do divórcio, a condição da mulher, nos dois períodos, era inferior em relação ao marido, do qual era considerada mera propriedade. O casamento era também obrigatório, como entre os incas. Aos vinte anos todo homem era obrigado a casar-se, excetuados os que se dedicavam ao serviço do culto e faziam por isso voto de castidade. A monogamia era regra da sociedade conjugal. Não se encontravam, porém, entre os mexicanos vestígios apreciáveis de pátrio poder e direito de sucessão; o primeiro, em virtude da longa fase do matriarcado; e o segundo, dada a feição coletivista da propriedade. Os *calpulli*, núcleos de famílias unidas pelos laços de um território comum e de ritos religiosos e linguagem também comuns, sob a direção de um chefe eleito, eram a instituição capital das tribos astecas. Eles se encarregavam da educação das crianças e possuíam indivisamente as terras, as quais não podiam ser alienadas. O solo era repartido em épocas fixas pelos homens dos *calpulli* com a condição de as cultivarem. A ausência de lei escrita estabelecendo os crimes e prevendo as penas não impedia que a justiça penal se realizasse e com o maior rigor. O homicídio, o roubo, o adultério, o estupro, o incesto, a sodomia, a calúnia e a embriaguez eram espécies criminais muito conhecidas dos mexicanos e punidas na maior parte com a pena capital. Assim, o homicida era morto ou reduzido à escravidão perpétua; o incestuoso era enforcado; o estuprador, empalado; o sodomita, queimado; a mulher adúltera, esquartejada; o autor de um roubo de objetos consagrados aos deuses era condenado à morte. Havendo restituição, o crime desaparecia⁷¹⁸.

O Código Civil para o Distrito Federal em matéria comum e para toda a República mexicana em matéria federal foi aprovado em 30 de agosto de 1928, dividido em quatro Livros⁷¹⁹, o primeiro tratando Das pessoas, aí incluído o Direito de Família; o segundo, Dos bens; o terceiro, Das sucessões; e o quarto, Das obrigações.

⁷¹⁸ Cf. VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 65-66.

⁷¹⁹ Ao contrário do nosso, o Código Civil mexicano não é dividido em Parte Geral e Parte Especial.

O Livro terceiro, que trata das sucessões, é dividido em cinco Títulos, o primeiro com disposições preliminares; o segundo, tratando da sucessão testamentária; o terceiro, das formas dos testamentos; o quarto, da sucessão legítima; e o quinto, de disposições comuns à sucessão testamentária e legítima. O Título quarto, que trata da sucessão legítima, estende-se dos arts. 1.599 ao 1.637, sendo dividido em sete Capítulos. Cuida da ordem de vocação hereditária no art. 1.602, estabelecendo a seguinte ordem de chamamento: descendentes, cônjuge, ascendentes, colaterais até o 4º. grau, concubinos e o Poder Público⁷²⁰. Mas esta ordem é meramente aparente, não correspondendo à realidade imposta pelos artigos seguintes, como veremos adiante.

Segundo o disposto no art. 1.608, o cônjuge pode concorrer à herança com os filhos, recebendo uma quota igual à de cada filho⁷²¹. Mas tal direito é condicionado ao fato de não ter bens que montem à quota dos herdeiros, nos termos dos arts. 1.624 e 1.625⁷²².

Pode o cônjuge concorrer também com os ascendentes⁷²³, recebendo metade da herança (art. 1.626⁷²⁴). Na concorrência com irmãos do *de cuius*, o cônjuge terá

⁷²⁰ “Artículo 1602. Tienen derecho a heredar por sucesion legitima: I. Los descendientes, conyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el articulo 1635. II. A falta de los anteriores, la beneficencia publica” (Em vernáculo: “Artigo 1602. Têm direito a herdar por sucessão legítima: I. Os descendentes, os ascendentes, parentes colaterais dentro do quarto grau e a concubina ou o concubino, se se satisfazem neste caso os requisitos assinalados pelo artigo 1635. II. Na falta dos anteriores, o Poder Público”).

⁷²¹ “Artículo 1608. Cuando concurren descendientes con el conyuge que sobreviva, a este le correspondera la porcion de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el articulo 1624” (Em vernáculo: “Artigo 1608. Quando concorrem descendentes com o cônjuge que sobreviva, a este lhe corresponderá a porção de um filho, de acordo com o disposto no artigo 1624”).

⁷²² “Artículo 1624. El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia” (Em vernáculo: “Artigo 1624. O cônjuge que sobrevive, concorrendo com descendentes, terá o direito de um filho, se carece de bens ou os que tem ao morrer o autor da sucessão não igualam à porção que a cada filho deve corresponder. O mesmo se observará se concorre com filhos adotivos do autor da herança”). “Artículo 1625. En el primer caso del artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada” (Em vernáculo: “Artigo 1625. No primeiro caso do artigo anterior, o cônjuge receberá íntegra a porção assinalada; no segundo, só terá direito de receber o que baste para igualar seus bens com a porção mencionada”).

⁷²³ Embora o art. 1.615 (“A falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la madre por partes iguales” – em vernáculo: “À falta de descendentes e de cônjuge, sucederão o pai e a mãe por partes iguais”) dê a impressão de que os ascendentes só herdaram em falta de cônjuge, tal disposição não corresponde à realidade, em face do disposto no art. 1.626, adiante visto.

⁷²⁴ “Artículo 1626. Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes” (Em vernáculo:

direito a um terço da herança (ar. 1.627⁷²⁵). Nos dois últimos casos (ou seja, concorrendo com ascendentes ou com irmãos), a sucessão do cônjuge independe da condição que se estabelece para a concorrência com os descendentes (art. 1.628⁷²⁶). Na falta de descendentes, ascendentes e irmãos, o cônjuge recolhe toda a herança (art. 1.629⁷²⁷).

O Código Civil mexicano não fala propriamente em legítima, nem em herdeiros necessários, mas o art. 1.368 fala das pessoas a quem o testador deve deixar alimentos, incluindo aí o cônjuge que esteja impedido de trabalhar e não tenha bens suficientes, enquanto não contraia outro matrimônio e viva honestamente⁷²⁸, sendo considerado inoficioso o testamento que não atenda a esta disposição (art. 1.374⁷²⁹).

O Código Civil mexicano não regula propriamente o concubinato ou qualquer forma de união extramatrimonial. Trata apenas de direito sucessório entre companheiros, como adiante se verá, além de regular a filiação no art. 383⁷³⁰. O Código Civil do Estado de Tamaulipas, no entanto, dispõe, no art. 70, que, “para os efeitos da lei, considera-se matrimônio a união, a convivência e a relação sexual continuada de um só

“Artigo 1626. Se o cônjuge que sobrevive concorre com ascendentes, a herança se dividirá em duas partes iguais, das quais uma se aplicará ao cônjuge e a outra aos ascendentes”).

⁷²⁵ “Artículo 1627. Concurriendo el cónyuge con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos” (Em vernáculo: “Artigo 1627. Concorrendo o cônjuge com um ou mais irmãos do autor da sucessão, terá dois terços da herança, e o terço restante se aplicará ao irmão ou se dividirá por partes iguais entre os irmãos”).

⁷²⁶ “Artículo 1628. El cónyuge recibirá las porciones que le corresponden conforme a los dos artículos anteriores, aunque tenga bienes propios” (Em vernáculo: “Artigo 1628. O cônjuge receberá as porções que lhe correspondem conforme aos dois artigos anteriores, ainda que tenha bens próprios”).

⁷²⁷ “Artículo 1629. A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes” (Em vernáculo: “Artigo 1629. À falta de descendentes, ascendentes e irmãos, o cônjuge sucederá em todos os bens”).

⁷²⁸ “Artículo 1368. El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: ...III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente” (Em vernáculo: “Art. 1368. O testador deve deixar alimentos às pessoas que se mencionam nas frações seguintes: ...III. Ao cônjuge supérstite quando esteja impedido de trabalhar e não tenha bens suficientes. Salvo outra disposição expressa do testador, este direito subsistirá enquanto não contraia matrimônio e viva honestamente”).

⁷²⁹ “Artículo 1374. Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en este Capítulo” (Em vernáculo: “Art. 1374. É inoficioso o testamento em que não se deixe a pensão alimentícia, segundo estabelecido neste Capítulo”).

⁷³⁰ “Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina” (Em vernáculo: “Artigo 383. Presumem-se filhos do concubino e da concubina: I. Os nascidos depois de cento e oitenta dias contados desde que começou o concubinato; II. Os nascidos dentro dos trezentos dias seguintes ao em que cessou a vida comum entre o concubino e a concubina”).

homem com uma só mulher”, desde que, entre os sujeitos, não existam impedimentos para a realização matrimonial⁷³¹. O Código do Estado de Morelos⁷³² reconhece direito alimentar entre concubinos (art. 96⁷³³).

No direito mexicano, os concubinos herdam nas mesmas condições dos cônjuges. Mas, para isto, o art. 1.635 exige convivência como se fossem cônjuges por mais de cinco anos ou a existência de filhos, e desde que os companheiros não sejam casados nem tenham mais de um concubino⁷³⁴. O Código de Morelos, semelhantemente, também reconhece direito sucessório entre concubinos, no art. 776⁷³⁵.

⁷³¹ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 80.

⁷³² No México, cada Estado é dito soberano e tem a sua própria lei civil, conforme se pode ver do disposto nas Observações Gerais e no art. 1º. do Código Civil de Morelos (para esta e as demais referências ao Código de Morelos, utilizou-se a versão baixada da Internet, no site <<http://www.e-morelos.gov.mc>>, em: 18/dez./2004): “*Observaciones Generales.- El artículo Séptimo transitorio, abroga el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos de 1945/09/26, publicado en el Periódico Oficial del Estado de 1946/02/24*” (Em vernáculo: “Observações gerais.- O artigo sétimo transitório abroga o Código Civil para o Estado Livre e Soberano de Morelos de 26/09/1945, publicado no Periódico Oficial do Estado de 24/02/1946”). “*Artículo 1.- Ambito espacial de aplicacion. Las disposiciones de este Código regirán los asuntos del orden Civil en el Estado de Morelos. Además se aplicarán con carácter supletorio, a toda relación jurídica o situación de Derecho no prevista o reglamentada de modo incompleto, por otras disposiciones de jurisdicción local*” (Em vernáculo: “Artigo 1.- Âmbito espacial de aplicação. As disposições deste Código regerão os assuntos da ordem civil no Estado de Morelos. Ademais se aplicarão com caráter supletivo a toda relação jurídica ou situação de direito não prevista ou regulamentada de modo incompleto, por outras disposições de jurisdição local”).

⁷³³ “*Artículo 96.- ...Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el Capítulo IV del Título Cuarto del Libro Tercero de este Código*” (Em vernáculo: “Artigo 96.- ...Os concubinos estão obrigados, em igual forma, a dar-se alimentos se se satisfazem os requisitos assinalados pelo Capítulo IV do Título Quarto do Livro Terceiro deste Código”). Anota BELLUSCIO, Augusto César (*Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Depalma, 1975, v. 2, p. 388) que, para tanto, é necessário que a união tenha durado cinco anos e ambos sejam solteiros (No original: “*El código civil del estado de Morelos reconoce derecho alimentario a la concubina si la unión duro cinco años y ambos son solteros*”). Este requisito, contudo, não encontramos na lei.

⁷³⁴ “*Artículo 1635. La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse reciprocamente, aplicandose las disposiciones relativas a la sucesion del conyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran conyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en comun, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará*” (Em vernáculo: “Artigo 1635. A concubina e o concubino têm direito a herdar reciprocamente um do outro, aplicando-se as disposições relativas à sucessão do cônjuge, sempre que tenham vivido juntos como se fossem cônjuges durante os cinco anos que precederam imediatamente a sua morte ou quando hajam tido filhos em comum, sempre que ambos hajam permanecido livres de matrimônio durante o concubinato. Se ao morrer o autor da herança lhe sobrevivem várias concubinas ou concubinos nas condições mencionadas no princípio deste artigo, nenhum deles herdará”).

⁷³⁵ “*Artículo 776.- Sucesion de los concubinos. La concubina y el concubino tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común y siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinos en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará*” (Em vernáculo:

Da mesma sorte que ao cônjuge, também prevê o art. 1.368, sob pena de inoficiosidade do testamento (art. 1.374, já citado), a obrigatoriedade de deixar alimentos ao concubino, nas mesmas condições e contanto que não haja mais de um concubino⁷³⁶.

7.7. Direito Argentino

O Código Civil argentino (Lei nº. 340, de 25 de setembro de 1869), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1871, foi obra do Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, inspirado em fontes similares do Brasil⁷³⁷ e do Chile, tendo sido refeito posteriormente pelas Leis nºs. 2.393, de 12 de novembro de 1888, e 2.681, de 7 de novembro de 1889, como observa Ricardo GALLARDO⁷³⁸.

O Código Civil argentino trata “da transmissão dos direitos por morte das pessoas a quem correspondem” na Seção Primeira do Livro quarto, que trata dos direitos

“Artigo 776.- Sucessão dos concubinos. A concubina e o concubino têm direito a herdarem-se reciprocamente, aplicando-se as disposições relativas à sucessão do cônjuge, sempre que tenham vivido como se fossem cônjuges durante os cinco anos que precederam imediatamente a sua morte ou quando hajam tido filhos em comum e sempre que ambos hajam permanecido livres de matrimônio durante o concubinato. Se ao morrer o autor da herança lhe sobrevivem várias concubinas ou concubinos nas condições mencionadas no princípio deste artigo, nenhum deles herdará”).

⁷³⁶ “Artículo 1368. El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: ... V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su conyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su conyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos” (Em vernáculo: “Art. 1368. O testador deve deixar alimentos às pessoas que se mencionam nas frações seguintes: ...V. À pessoa com quem o testador viveu como se fora seu cônjuge durante os 5 anos que precederam imediatamente a sua morte ou com quem teve filhos, sempre que ambos hajam permanecido livres de matrimônio durante o concubinato e que o sobrevivente esteja impedido de trabalhar e não tenha bens suficientes. Este direito só subsistirá enquanto a pessoa de que se trate não contraia núpcias e observe boa conduta. Se forem várias as pessoas com quem o testador viveu como se fora seu cônjuge, nenhuma delas terá direito a alimentos”).

⁷³⁷ A propósito da influência do Esboço de Teixeira de Freitas no Código Civil argentino, vide nota de rodapé nº. 184, supra.

⁷³⁸ GALLARDO, Ricardo. *Divorcio, separacion de cuerpos y nulidad del matrimonio en las naciones latino-americanas*. Madrid: Madrid Diana, 1957, p. 32. No original: “El primer Código Civil fué obra del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, y entró en vigor el 1º de enero de 1871. Su preparación y redacción fueron objeto de minuciosos trabajos, inspirados en fuentes similares del Brasil y de Chile. Aunque este Código fué rehecho posteriormente por las leyes número 2.393 de 12 de noviembre de 1888 y la número 2.681 de 7 de noviembre de 1889...”.

reais e pessoais (disposições comuns), depois das pessoas (Livro primeiro), dos direitos pessoais nas relações civis (Livro segundo) e dos direitos reais (Livro terceiro)⁷³⁹.

Essa Seção Primeira é dividida em vinte Títulos, que tratam: I) das sucessões; II) da aceitação e repúdio da herança; III) da aceitação da herança com benefício de inventário; IV) dos direitos e obrigações do herdeiro; V) da separação dos patrimônios do defunto e do herdeiro; VI) da divisão da herança; VII) das sucessões vacantes; VIII) das sucessões intestadas; IX) da ordem nas sucessões intestadas; X) da porção legítima dos herdeiros forçosos; XI) da sucessão testamentária; XII) das formas dos testamentos; XIII) das testemunhas nos testamentos; XIV) da instituição e substituição de herdeiro; XV) da capacidade para receber por testamento; XVI) da deserção; XVII) dos legados; XVIII) do direito de crescer; XIX) da revogação dos testamentos e legados; XX) dos inventariantes. Essa Seção se desenvolve dos arts. 3.279 ao 3.874.

Já no art. 3.545, que introduz o Título das sucessões intestadas, diz-se serem herdeiros legítimos os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e os colaterais até o 4º. grau, passando os bens ao Estado caso não haja sucessores⁷⁴⁰, sendo que o parente mais próximo exclui o mais remoto (art. 3.546⁷⁴¹) e não se atende à origem dos bens que compõem a herança (art. 3.547⁷⁴²).

O art. 3.570, com a redação determinada pela Lei nº. 23.264, de 23 de outubro de 1985⁷⁴³, que entrou em vigor em 1º. de novembro do mesmo ano⁷⁴⁴, determina

⁷³⁹ O Código argentino não é, como o nosso, dividido em Parte Geral e Parte Especial, contendo dois Títulos Preliminares, que tratam das leis e do modo de contar os intervalos do direito, e um Título Complementar, que trata da aplicação das leis civis.

⁷⁴⁰ “ARTÍCULO 3.545.- Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes de difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores los bienes corresponden al Estado nacional o provincial” (Em vernáculo: “Artigo 3.545.- As sucessões intestadas correspondem aos descendentes do defunto, a seus ascendentes, ao cônjuge supérstite, e aos parentes colaterais dentro do quarto grau inclusive, na ordem e segundo as regras estabelecidas neste Código. Não havendo sucessores os bens correspondem ao Estado nacional ou provincial”).

⁷⁴¹ “ARTÍCULO 3.546.- El pariente más cercano en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación” (Em vernáculo: “Artigo 3.546.- O parente mais próximo em grau exclui o mais remoto, salvo o direito de representação”).

⁷⁴² “ARTÍCULO 3.547.- En las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia” (Em vernáculo: “Artigo 3.547.- Nas sucessões não se atende à origem dos bens que compõem a herança”).

⁷⁴³ Esta lei, como adverte LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 449), alterou especialmente a sucessão dos parentes consanguíneos, suprimindo toda discriminação hereditária entre os filhos legítimos e os extramatrimoniais e estendendo esta supressão aos ascendentes e aos colaterais, equiparando, assim, a família ilegítima à legítima e, por conseqüência, os parentes de uma e de outra (No original: “Las reformas introducidas por la ley 23.264 han sido, em la clase de los parientes consanguíneos, de la mayor

concorrer o viúvo ou a viúva com os filhos, recebendo parte igual a cada filho⁷⁴⁵, mas apenas sobre os bens particulares do *de cuius* (art. 3.576⁷⁴⁶); quanto aos aqüestos, participa apenas como meeiro⁷⁴⁷. Concorrendo com os ascendentes, o cônjuge herda metade dos bens próprios do *de cuius* e dos bens aqüestos que lhe correspondam (art. 3.571⁷⁴⁸). Na falta de ascendentes e descendentes, o cônjuge herda sozinho todos os bens, excluindo os colaterais (art. 3.572⁷⁴⁹).

trascendencia, pues no solo han suprimido toda discriminación hereditaria entre los hijos legítimos y los extramatrimoniales (art. 240, párr. 2º), sino que esta supresión se há extendido a los ascendientes y a los colaterales, viniendo así a equiparar a la familia ilegítima con la legítima y, por consecuencia, a los parientes de una y de otra). Antes dessa lei, segundo o mesmo autor (*Op. cit.*, p. 450), era a seguinte a ordem de vocação hereditária na Argentina: a classe dos parentes legítimos compreendia os descendentes, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau, nessa ordem. A classe dos parentes não legítimos abarcava os filhos extramatrimoniais e os descendentes legítimos destes; aos pais naturais (propriamente, pais de filhos naturais), e aos irmãos extra-matrimoniais de mesmo pai ou mãe e aos descendentes legítimos deles, pré-morto (No original: “*Antes de la ley 23.264. La clase de los parientes legítimos comprendia a los descendientes, los ascendientes y los colaterales hasta el cuarto grado, en ese orden. La clase de los parientes no legítimos abarcaba a los hijos extramatrimoniales y a los descendientes legítimos de éstos; a los padres naturales (propiamente, padres de hijos naturales), y a los descendientes legítimos de alguno de ellos, premuerto*”).

⁷⁴⁴ Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 449.

⁷⁴⁵ “ARTÍCULO 3.570.- Si han quedado viudo o viuda e hijos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de los hijos” (Em vernáculo: “Artigo 3.570.- Se subsistiram viúvo ou viúva e filhos, o cônjuge sobrevivente terá na sucessão a mesma parte que cada um dos filhos”).

⁷⁴⁶ “ARTÍCULO 3.576.- En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallecido” (Em vernáculo: “Artigo 3.576.- Em todos os casos em que o viúvo ou viúva é chamado à sucessão em concorrência com descendentes, não terá o cônjuge sobrevivente parte alguma na divisão de bens aqüestos que corresponderam ao cônjuge pré-morto”).

⁷⁴⁷ Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 454. No original: “*En los bienes gananciales que van a la herencia, el cónyuge no hereda; simplemente, recibe la mitad de los gananciales como socio*”.

⁷⁴⁸ “ARTÍCULO 3.571.- Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes” (Em vernáculo: “Artigo 3.571.- Se subsistiram ascendentes e cônjuge supérstite, herdará este a metade dos bens próprios do *de cuius* e também a metade da parte de aqüestos que corresponda ao falecido. A outra metade a receberão os ascendentes”). Explica LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 456): “*Hay que distinguir entre los bienes propios y los bienes gananciales. En los bienes propios, los ascendientes heredan una mitad, y la otra mitad, el cónyuge supérstite. En los bienes gananciales, los ascendientes heredan la mitad de lo que le hubiere correspondido al causante, y el cónyuge recibe la otra mitad, independientemente de la mitad que tiene en los gananciales como socio. Es lo que dice el art. 3571, según ley 23.264*” (Em vernáculo: “Tem-se que distinguir entre os bens próprios e os bens aqüestos. Nos bens próprios, os ascendentes herdam uma metade e a outra metade o cônjuge supérstite. Nos bens aqüestos, os ascendentes herdam a metade do que lhe houver correspondido ao *de cuius*, e o cônjuge recebe a outra metade, independentemente da metade que tem nos aqüestos como meeiro. É o que diz o art. 3.571, segundo a lei 23.264”).

⁷⁴⁹ “ARTÍCULO 3.572.- Si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales” (Em vernáculo: “Artigo 3.572.- Se não subsistiram descendentes nem ascendentes, os cônjuges se herdam reciprocamente, excluindo a todos os parentes colaterais”).

O cônjuge não terá, contudo, direito sucessório se o *de cujus* já estivesse enfermo por ocasião do casamento, tendo falecido dessa enfermidade nos trinta dias seguintes, salvo se o casamento se deu apenas para regularizar uma situação de fato antes existente (art. 3.573⁷⁵⁰). No entanto, a nota a este art. 3.573⁷⁵¹ criou um fator complicador: suscitou na doutrina o entendimento de que a regra só se aplica aos casamentos *in extremis*, havendo ainda quem entenda ser necessário que o casamento tenha sido realizado com propósito de lucro, entendimento este que é refutado por José Luis Pérez LASALA, por entender que não se pode acrescentar outro requisito não previsto na lei⁷⁵². A situação de fato a que se refere a norma é o concubinato, mas também pode abranger outras situações de fato, como, *v.g.*, a existência de uma promessa formal de futuro matrimônio que estivesse incumprida, aí não se incluindo, todavia, o simples noivado, por não se tratar de situação irregular⁷⁵³.

Também não terá direito sucessório o cônjuge divorciado. Já o separado judicialmente poderá conservar seu direito sucessório se o outro foi considerado (em

⁷⁵⁰ “ARTÍCULO 3573.- La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho” (Em vernáculo: “Artigo 3.573.- A sucessão deferida ao viúvo ou viúva nos três artigos anteriores não terá lugar quando, achando-se enfermo um dos cônjuges ao celebrar-se o matrimônio, morresse dessa enfermidade dentro dos trinta dias seguintes, salvo se o matrimônio fora celebrado para regularizar uma situação de fato”).

⁷⁵¹ “...no hay razón alguna para darles a los cónyuges derechos sucesorios cuando el matrimonio es in extremis...” (Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 481. Em vernáculo: “...não há razão alguma para dar aos cônjuges direitos sucessórios quando o matrimônio é *in extremis*...”).

⁷⁵² Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 482-483. No original: “En nuestra opinión, el art. 3573 no exige la circunstancia límite del matrimonio in extremis, celebrado ante un inminente peligro de muerte, para privar de derechos hereditarios, pues esta exigencia no surge del precepto; la nota no puede modificar los presupuestos de la norma. Basta con que el contrayente esté afectado de una enfermedad conocida por el otro, de la cual muera dentro de los treinta días. ...Si se dan estas circunstancias, el viudo o viuda debe ser excluído de la herencia, sin que importe la prueba del ánimo de lucro o propósito de aprovecharse de la herencia. Por eso, tal propósito no puede ser considerado como un requisito más, cuya prueba deban proporcionar los interesados en la exclusión del cónyuge sobreviviente”.

⁷⁵³ Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 483. No original: “La situación de hecho a que se refiere especialmente la norma es el concubinato, considerado éste como una relación estable, que implica vida en común y cohabitación pública y singular. Cabe preguntar si la ley contempla otras situaciones de hecho, distintas del concubinato. Pensamos que sí, pero reconocemos que esa admisibilidad tiene límites, que surgen con precisión de la propia ley. En este sentido, hay que tener presente que el artículo habla de ‘regularizar’ una situación de hecho, lo cual implica que había una situación irregular y que va a ser regularizada mediante el matrimonio. Por eso, entra dentro de esta situación irregular, por ejemplo, la existencia de una promesa formal de futuro matrimonio en la medida en que esa promesa esté incumplida, ya que el matrimonio viene regularizar esa situación. Pero no cabe incluir al noviazgo, porque éste no supone ninguna situación irregular que el matrimonio vaya a regularizar”.

sentença transitada em julgado⁷⁵⁴) culpado pela separação⁷⁵⁵, se foi réu na ação de separação fundada em doença mental⁷⁵⁶, alcoolismo ou uso de drogas ou se provar que não deu causa à separação de fato anterior, perdendo⁷⁵⁷ o direito nos demais casos (art. 3.574⁷⁵⁸). Não tem também direito sucessório o cônjuge separado de fato ou cautelarmente,

⁷⁵⁴ Discute-se na doutrina argentina se o cônjuge tem direito à herança quando estava em curso ação de separação culposa, que não foi julgada antes da morte do *de cuius*. Autores há que entendem poderem os herdeiros do falecido prosseguir na ação, para provar a culpa do sobrevivente e excluí-lo da sucessão (Neste sentido: LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 485-486. No original: “*La solución positiva se basa en la inexistencia de regla legal alguna que impida continuar la acción de separación personal. Las acciones personales – según esta posición – les impiden a los herederos iniciarlas, pero no proseguirlas cuando han sido iniciadas por los propios interesados. ‘Entre nosotros – dice LAFAILLE –, como ninguna regla se opone a ello, los herederos tendrían, sin duda, personería para proseguir la causa hasta la terminación y obtener el fallo definitivo que produjera el resultado de privar al culpable de todo título sucesorio.(...) De otro modo, la muerte produciría, como corolario inesperado, el de acordar una amnistía completa ao cónyuge, por culpable que fuese...’.* En este sentido se manifiestan SPOTA y Leonardo A. COLOMBO. ...Por nuestra parte, nos inclinamos por esta última tesis, ya que no hay norma que prohíba continuar la acción de separación por parte de los herederos. La acción continuada por los herederos ya non tiene por fin la separación personal en sí, sino la declaración judicial de culpabilidad, con el único propósito de establecer la causal de exclusión hereditaria”). Mas a maioria da doutrina é de entendimento contrário, por se tratar de ação estritamente pessoal, não havendo autorização legal para o prosseguimento nela pelos herdeiros (Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 485. No original: “*La solución negativa se basa en el carácter estrictamente personal de la acción de divorcio que impide que dicha acción se transmita a sus herederos en caso de muerte del demandante. Para que una acción personal pueda ser continuada por otros es necesario que ello sea expresamente autorizado por la ley, y aquí no hay tal autorización. Se considera que por encima de los intereses económicos de los herederos está la consideración ética de que no se debe seguir removiendo los conflictos internos de un matrimonio después que la muerte de uno de los esposos ha disuelto el vínculo. Esta tesis ha sido sostenida por la mayoría de la doctrina – Mendes COSTA, BELLUCIO, ZANNONI – y mantenida con firmeza por la jurisprudencia. En este caso, los herederos sólo podrían conseguir la exclusión del cónyuge sobreviviente si se dieran los supuestos del art. 3575, o cuando alguna de las causales del art. 202 fuese también causa de indignidad (art. 202, incs. I y II, en función de los arts. 3294 y 3291)”).*

⁷⁵⁵ Em se tratando de culpa recíproca, não terá o cônjuge sobrevivente direito à sucessão do outro (Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 485. No original: “*Aunque lo común es que uno solo de los cónyuges sea declarado culpable, ambos pueden merecer la misma calificación (pensemos en el supuesto de que prospere la reconvencción). Al cónyuge o los cónyuges declarados culpables se los excluirá de la herencia, ya que carecerán de vocación hereditaria abintestato”).*

⁷⁵⁶ A propósito, esclarece LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 486): “*Debe quedar en claro que el cónyuge que pierde la vocación hereditaria – o, mejor, el que carece de ella – es el que solicita la separación, es decir, el cónyuge sano”* (Em vernáculo: “*Deve ficar claro que o cônjuge que perde a vocação hereditária – ou, melhor, o que carece dela – é o que solicita a separação, é dizer, o cônjuge são”).*

⁷⁵⁷ Anota LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 488) que, no § 3º., embora o Código fale em “perda”, não há propriamente perda, pois perder implica ter anteriormente, o que não ocorre no caso (No original: “*Aunque la norma habla de la ‘pérdida’ de la vocación hereditaria, para el cónyuge sobreviviente no hay, propiamente, pérdida de vocación, pues ‘perder’ implica ‘tener con anterioridad’, y aquél no tuvo esa vocación, ya que al morir el causante vivía en concubinato o había incurrido en injurias graves contra el otro. Por eso, estamos ante un supuesto más de exclusión por falta de vocación hereditaria”).*

⁷⁵⁸ “**ARTÍCULO 3.574.-** *Estando separados los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del artículo 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. Si la separación se hubiese decretado en los casos del artículo 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los artículos 204, primer párrafo, y 205, ninguno de lo cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro. En caso de decretarse separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ella, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro. En todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en*

salvo se não tiver dado causa à separação e não tiver incorrido em causas de exclusão (art. 3.575⁷⁵⁹). Cabe ao cônjuge interessado em herdar a prova de não ter incorrido em culpa⁷⁶⁰. E, por fim, embora a lei não o diga, também não tem direito sucessório o cônjuge cujo casamento foi anulado, pois “a validade do matrimônio no momento da abertura da sucessão é *condictio iuris* do chamamento dos cônjuges, de maneira que quando falta esse pressuposto legal não há direito hereditário entre aqueles que deixaram de ser cônjuges, em virtude da sentença de nulidade do matrimônio”⁷⁶¹.

Reconhece ao cônjuge, o Código argentino, o direito real de habitação sobre o imóvel único⁷⁶² que foi o domicílio conjugal e cujo valor não ultrapasse o limite

concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge. Estando divorciados vincularmente por sentencia del juez competente o convertida en divorcio vincular la sentencia de separación personal, los cónyuges perderán los derechos declarados en los artículos anteriores” (Em vernáculo: “Artigo 3.574.- Estando separados os cônjuges por sentença de Juiz competente fundada nos casos do artigo 202, o que houvera dado causa à separação não terá nenhum dos direitos declarados nos artigos anteriores. Se a separação foi decretada nos casos do artigo 203, o cônjuge enfermo conservará sua vocação hereditária. Nos casos dos artigos 204, primeiro parágrafo, e 205, nenhum dos cônjuges manterá direitos hereditários na sucessão do outro. Em caso de decretar-se separação por mediar separação de fato anterior, o cônjuge que provou não haver dado causa a ela conservará sua vocação hereditária na sucessão do outro. Em todos os casos em que um dos esposos conserva vocação hereditária em seguida à separação pessoal, perdê-la-á se viver em concubinato ou incorrer em injúrias graves contra o outro cônjuge. Estando divorciados vincularmente por sentença do Juiz competente ou convertida em divórcio vincular a sentença de separação pessoal, os cônjuges perderão os direitos declarados nos artigos anteriores”).

⁷⁵⁹ “ARTÍCULO 3.575.- Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3554” (Em vernáculo: “Artigo 3.575.- Cessa também a vocação hereditária dos cônjuges entre si em caso que vivessem de fato separados sem vontade de unir-se ou estando provisionalmente separados pelo Juiz competente. Se a separação fosse imputável à culpa de um dos cônjuges, o inocente conservará a vocação hereditária sempre que não incorrer nas causas de exclusão previstas no artigo 3554”). A referência, contudo, deve estar errada, haja visto que o art. 3.554 do Código Civil argentino não trata de causas de exclusão, mas de direito de representação.

⁷⁶⁰ Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 493. No original: “Al interesado que pretenda la exclusión del cónyuge sobreviviente, culpable de la separación de hecho, le basta probar la separación de hecho. Esta prueba debe ser – como dice Kelelmajer – severa y restrictiva, y tiene que apuntar a la efectiva cesación de la cohabitación. Acreditada la separación de hecho, el cónyuge sobreviviente debe probar: o bien que no había tal separación, porque ésta se debió a causas transitorias, o bien que ella no le es imputable, porque fue inocente”.

⁷⁶¹ LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 494. No original: “...la validez del matrimonio al momento de la apertura de la sucesión es *condictio iuris* del llamamiento de los cónyuges, de manera que cuando falta esse supuesto legal no hay derecho hereditario entre quienes han dejado de ser esposos, en virtud de la sentencia de nulidad del matrimonio”.

⁷⁶² Anota LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 499) que “esta expressão não deve ser tomada literalmente, porque pode ocorrer que havendo deixado dois imóveis, seja necessário vender um para amparar as dívidas do *de cuius*; e em tal caso estimamos que o pressuposto do único imóvel se cumpre” (No original: “...esta expresión no debe ser tomada literalmente, porque puede ocurrir que habiendo dejado dos inmuebles, sea necesario vender uno para subvenir a las deudas del causante; y en tal caso estimamos que el supuesto del único inmueble se cumple”).

para ser declarado bem de família⁷⁶³ (valor este determinado por regulamentações provinciais e que deve ser tomado na data da abertura da sucessão⁷⁶⁴), até que o cônjuge contraia novas núpcias (art. 3.573bis⁷⁶⁵), dispositivo este que foi incorporado ao Código pela Lei nº. 20.798, promulgada em 11 de outubro de 1974⁷⁶⁶.

Também dá à viúva que assim permanece⁷⁶⁷ e que não teve filhos, ou cujos filhos não sobreviveram⁷⁶⁸, direito a representar o marido pré-morto na sucessão dos sogros, recebendo um quarto da herança (art. 3.576bis⁷⁶⁹). Explica José Luis LASALA que não se trata de um direito hereditário em favor da esposa como tal, pois o *de cuius* não é

⁷⁶³ Anota LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 501) que “a lei não deseja proteger as moradias luxuosas, senão aquelas que por seu valor ponderado podem ser submetidas ao regime do bem de família. Se o imóvel sobrepassa esse extremo, é de supor que o valor de sua venda permitirá adquirir outra casa ou apartamento mais modesto, evitando o desamparo nessas hipóteses” (No original: “*La ley no desea proteger las viviendas lujosas, sino aquellas que por su valor ponderado pueden ser sometidas al régimen del bien de familia. Si el inmueble sobrepasa ese tope, es de suponer que el valor de su venta permitirá adquirir otra casa o departamento más modesto, evitando el desamparo en esos supuestos*”).

⁷⁶⁴ Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 501. No original: “*Consideramos que se deberá tomar en cuenta los valores que las reglamentaciones provinciales autoricen para la constitución del bien de familia, al momento de la apertura de la sucesión, sin que importe que los valores cambien con posterioridad*”).

⁷⁶⁵ **ARTÍCULO 3.573 BIS.-** *Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias*” (Em vernáculo: “Artigo 3.573 bis.- Se à morte do *de cuius* este deixou um só imóvel habitável como integrante do haver hereditário e que houvera constituído o domicílio conjugal, cuja estimação não sobrepassara o indicado como limite máximo às moradias para ser declaradas bem de família, e concorrerem outras pessoas com vocação hereditária ou como legatários, o cônjuge supérstite terá direito real de habitação em forma vitalícia e gratuita. Este direito se perderá se o cônjuge supérstite contrair novas núpcias”).

⁷⁶⁶ Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 495. No original: “*La ley 20.798, promulgada el 11/10/74, incorporó en el Código Civil el art. 3573 bis, que dice:...*”.

⁷⁶⁷ Observe-se que a mulher tem que ser viúva ao tempo da abertura da sucessão, sendo “irrelevante que a viúva contraia novas núpcias depois da morte do *de cuius*” (LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 472. No original: “*...es irrelevante que la viuda contraiga nuevas nupcias después de la muerte del causante*”).

⁷⁶⁸ Entende LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 473) que não terá a nora direito à herança quando tiver netos, filhos de filho pré-morto, por herdarem por direito de representação (No original: “*Aunque la norma sólo se refiere al supuesto de que habiendo existido hijos, éstos sobrevivan, cabe preguntarse si la nuera conserva la vocación cuando existen nietos (hijos del hijo premuerto). Pensamos que como éstos heredan por representación, están incluidos tácitamente en la norma, y por eso la nuera no hereda*”).

⁷⁶⁹ “**ARTÍCULO 3.576 bis.-** *La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575*” (Em vernáculo: “Artigo 3.576 bis.- A viúva que permaneceu nesse estado e não teve filhos, ou que, se os teve, não sobreviveram no momento em que se abriu a sucessão dos sogros, terá direito à quarta parte dos bens que houveram correspondido a seu esposo em ditas sucessões. Este direito não poderá ser invocado pela mulher nos casos dos artigos 3573, 3574 e 3575”).

seu marido, mas seu sogro. É um chamamento em favor apenas da “filha política” (e não do “filho político”), que só tem lugar quando seu marido haja premorrido⁷⁷⁰, que não tenha filhos (comuns) e que permaneça em estado de viuvez ao morrer seu sogro⁷⁷¹. Nota, ainda, o autor, que o fundamento da regra não é assistencial, pois nada impede que uma nora rica seja herdeira de seus sogros pobres, em concorrência, talvez, com seus cunhados ainda mais pobres⁷⁷², concluindo que o fundamento da norma é o afeto presumido do *de cuius*, ainda que com finalidade assistencial⁷⁷³. Entende o autor também que esta concorrência tem lugar no suposto de que a nora seja a viúva do único filho pré-morto do *de cuius*⁷⁷⁴, entendimento que nos parece contrariar a literalidade do dispositivo⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Ou, como lembra LASALA, José Luis Pérez (*Op. cit.*, p. 472), haja sido declarado ausente antes da abertura da sucessão (No original: “*A los efectos de la aplicación de esta norma, se debe reputar viuda a la esposa cuyo marido há sido declarado presunto fallecido, siempre que el día presuntivo del fallecimiento sea anterior a la apertura de la sucesión de su padre o madre*”).

⁷⁷¹ LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 465-466. No original: “*No se trata de un derecho hereditario en favor de la esposa como tal, pues el causante no es su esposo, sino su suegro. Es un llamamiento en favor de la hija política (no del hijo político), que tiene lugar sólo en el caso de que su marido haya premuerto, que no tenga hijos (comunes) y que permanezca en estado de viudez al morir su suegro, causante de la sucesión*”.

⁷⁷² LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 466. No original: “*...nada obsta a que la nuera rica sea heredera de sus suegros pobres, en concurrencia, tal vez, con sus cuñados todavía más pobres*”.

⁷⁷³ LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 467. No original: “*Para nosotros, la sucesión en favor de la nuera responde a la idea que fundamenta los llamamientos intestados, es decir, el afecto presunto del causante; pero, a su vez, hay en ese llamamiento un fin asistencial, que no se puede soslayar. La esposa del hijo que al morir éste queda en estado de viudez no rompe los vínculos con la familia de su marido. Su estado de viudez inclina a pensar en la perdurabilidad del afecto de sus suegros, los cuales, por lo general, la seguirán viendo como una hija, como la esposa que compartió la vida con el hijo de sangre. Pero, a su vez, ese estado de permanencia en la viudez y la inexistencia de hijos fundamentan el carácter asistencial de la norma. El estado de viudez implica la inexistencia de un nuevo marido, que la ayude y mantenga con su trabajo. La inexistencia de hijos implica la carencia del derecho de usufructo que tendría, como madre, sobre los bienes heredados por ellos, si fueran menores, o la carencia de su ayuda material, si fueran mayores. El carácter asistencial explica también que el derecho hereditario se le conceda a la viuda, y no al viudo, porque se supone que el hombre tiene más posibilidades de ganarse la vida que la mujer. El fundamento asistencial no se borra por la circunstancia de que la viuda tenga bienes de fortuna, pues la ley legisla para la generalidad de los casos. A lo más, en el caso concreto tendrá más fuerza el fundamento basado en el cariño presunto que el carácter asistencial; pero ello no implica anular el segundo dentro de los términos abstractos y generales de la ley*”.

⁷⁷⁴ LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 456. No original: “*Esta concurrencia tiene lugar en el supuesto de que la nuera sea la viuda del único hijo premuerto del causante*”.

⁷⁷⁵ Mais adiante (*Op. cit.*, p. 468), contudo, o autor faz-nos entender que o suposto se refere não à concorrência, mas ao limite de um quarto da herança, dizendo que a “limitação à quarta parte dos bens parece formulada com relação ao suposto de que haja outros herdeiros; por isso, no caso de que a nora seja a única herdeira legítima, porque não há parentes em grau sucessível, receberá toda a herança de seus sogros, excluindo o fisco” (No original: “*...cuya limitación a la cuarta parte de los bienes parece formulada con relación al supuesto de que haya otros herederos; por ello, en el caso que la nuera sea la única heredera abintestato, porque no quedan parientes en grado sucesible, recibirá toda la herencia de sus suegros, excluyendo al fisco*”). Cita serem do mesmo pensar SALAS, BORDA, GUASTAVINO, Méndez COSTA, EPSTEIN, López del CARRIL, GARRIDO e ANDORNO, entre outros. E, em sentido contrário, cita ZANNONI (Cf. LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 474).

Por fim, embora o art. 3.592 diga que todos os herdeiros legítimos tenham uma porção legítima⁷⁷⁶, os artigos seguintes, que tiveram sua redação modificada ou foram revogados pela Lei 23.264, de 23 de outubro de 1985, só falam em legítima dos filhos (de quatro quintos – art. 3.593⁷⁷⁷), dos ascendentes (de dois terços – art. 3.594⁷⁷⁸) e do cônjuge (que corresponde à metade dos bens do *de cujus*, incluídos os aqüestos – art. 3.595⁷⁷⁹), do que se infere que os herdeiros necessários são apenas os descendentes⁷⁸⁰, os ascendentes e o cônjuge. O cônjuge terá, portanto, uma legítima variável, conforme herde sozinho (metade), em concorrência com ascendentes (dois terços) ou com descendentes (quatro quintos). Também é considerado herdeiro necessário (legitimário), no direito argentino, a nora que herda nas condições do art. 3.576bis, por representar o filho pré-morto⁷⁸¹.

⁷⁷⁶ “ARTÍCULO 3.592.- Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior” (Em vernáculo: “Artigo 3.592.- Têm uma porção legítima todos os chamados à sucessão intestada na ordem e modo determinado nos cinco primeiros capítulos do título anterior”).

⁷⁷⁷ “ARTÍCULO 3.593.- La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el art. 3.570” (Em vernáculo: “Artigo 3.593.- A porção legítima dos filhos é quatro quintos de todos os bens existentes à morte do testador e dos que este houvera doado, observando-se em sua distribuição o disposto no art. 3.570”).

⁷⁷⁸ “ARTÍCULO 3.594.- La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el art. 3.571” (Em vernáculo: “Artigo 3.594.- A legítima dos ascendentes é de dois terços dos bens da sucessão e os doados, observando-se em sua distribuição o disposto pelo art. 3.571”).

⁷⁷⁹ “ARTÍCULO 3.595.- La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales” (Em vernáculo: “Artigo 3.595.- A legítima dos cônjuges, quando não existem descendentes nem ascendentes do falecido, será a metade dos bens da sucessão do cônjuge morto, ainda que os bens da sucessão sejam aqüestos”).

⁷⁸⁰ Embora o art. 3.593 só fale em filhos, pode-se compreender todos os descendentes por força do art. 3.566: “ARTÍCULO 3.566.- Los nietos y demás descendientes heredan a los ascendientes por derecho de representación, con arreglo a lo dispuesto en el título ‘De las sucesiones intestadas’, Capítulo I” (Em vernáculo: “Artigo 3.566.- Os netos e demais descendentes herdam aos ascendentes por direito de representação, com ordem ao disposto no Título ‘Das sucessões intestadas’, Capítulo I”).

⁷⁸¹ Neste sentido: LASALA, José Luis Pérez. *Op. cit.*, p. 471. No original: “El carácter de legitimaria. Al ser el representado (hijo premuerto) legitimario, también lo es la nuera viuda, en virtud de su carácter de representante, porque es sabido que los representantes tienen derecho a legítima cuando ésta corresponde a los representados”. O autor, contudo, aponta divergência na doutrina a este respeito (*Op. cit.*, p. 468-471).

Não trata o Código Civil argentino de união estável, ou de qualquer espécie de concubinato⁷⁸² ou família de fato⁷⁸³, não havendo, em consequência, direitos sucessórios entre companheiros no direito argentino.

7.8. Direito Paraguaio

Por meio da Lei de 19 de agosto de 1876, o Paraguai adotou o Código Civil argentino, entrando em vigor no Paraguai em 1º. de janeiro de 1877⁷⁸⁴.

A Comissão Nacional de Codificação paraguaia, criada pelo Decreto nº. 200, de 8 de julho de 1959, inicialmente presidida por J. Eulogio Estigarribia, apresentou ao Poder Executivo o Anteprojeto de Código Civil em 25 de julho de 1984. O Poder Executivo o adotou como projeto e o elevou à Câmara de Senadores em 20 de julho de 1984. O Congresso o sancionou como Lei da República em 18 de dezembro de 1985, sob o nº. 1.183, sendo promulgada pelo Poder Executivo em 23 de dezembro de 1985⁷⁸⁵.

O Código Civil paraguaio⁷⁸⁶ tratou das sucessões no Livro Quinto (Da sucessão por causa de morte)⁷⁸⁷, depois do Título Preliminar e dos Livros primeiro (Das pessoas e direitos pessoais nas relações da família), segundo (Dos fatos e atos jurídicos e das obrigações), terceiro (Dos contratos e de outras fontes de obrigações) e quarto (Dos direitos reais ou sobre as coisas). O Livro quinto está dividido em seis Títulos: Dos direitos

⁷⁸² O Código Civil argentino apenas refere ao concubinato em alguns dispositivos (arts. 210, 218, 223, 257 e 3.574), como fazia o Código brasileiro de 1916, como regra para reprimi-lo.

⁷⁸³ No mesmo sentido: DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Op. cit.*, p. 154.

⁷⁸⁴ Cf. RAMÍREZ, Jorge Ramírez. *Código Civil Paraguayo*. Assunção: El Foro, 1999, Prólogo. No original: “*Em efecto, por Ley del 19 de agosto de 1.876 fue adoptado el referido Código Civil entrando el mismo en vigencia a partir del 1º. de enero de 1.877*”.

⁷⁸⁵ Cf. RAMÍREZ, Jorge Ramírez. *Op. cit.*, Prólogo. No original: “*La Comisión Nacional de Codificación, creada en virtud del Decreto nº. 200, del 18 de julio de 1.959, presentó al Poder Ejecutivo el Anteproyecto de Código Civil el 25 julio de 1.984. El mismo lo adoptó como proyecto y lo elevó a la Cámara de Senadores el 20 de julio del mismo año. El Congreso lo sancionó como Ley de la República el 18-XII-85, bajo el nº. 1.183, siendo promulgada por el Poder Ejecutivo el 23 de diciembre de 1.985*”.

⁷⁸⁶ Para esta e todas as demais referências ao Código Civil paraguaio, utilizou-se a edição publicada em Assunção em 1999 pela El Foro.

⁷⁸⁷ O Código Civil paraguaio não é dividido em Parte Geral e Parte Especial, como o nosso.

hereditários, Da seguridade, reconhecimentos e exercício, Da pluralidade de herdeiros, Das sucessões vacantes, Das sucessões intestadas e Da Sucessão testamentária.

No Título Quinto, o Capítulo III cuidou da ordem nas sucessões intestadas, falando, em primeiro lugar, da sucessão dos descendentes (art. 2.583⁷⁸⁸), depois dos ascendentes (arts. 2.584 e 2.585⁷⁸⁹), para, em seguida, tratar do cônjuge, que concorre com os filhos em iguais condições com eles; com os pais, recebendo um terço se ambos estão vivos, ou metade, se apenas um deles; com os demais ascendentes, recebendo a metade; recebendo a integralidade da herança se não há descendentes nem ascendentes (art. 2.586⁷⁹⁰). Concorrendo com ascendentes extramatrimoniais, tem o cônjuge direito a uma quarta parte sobre os aqüestos (art. 2.590⁷⁹¹).

⁷⁸⁸ “Art. 2.583. *Los hijos del autor de la sucesión heredan en partes iguales sobre los bienes propios*” (Em vernáculo: “Art. 2.583. Os filhos do autor da sucessão herdam em partes iguais sobre os bens próprios”).

⁷⁸⁹ “Art. 2.584. *A falta de descendientes, heredan los ascendientes, sin perjuicio de los derechos del cónyuge supérstite*” (Em vernáculo: “Art. 2.584. À falta de descendentes, herdam os ascendentes, sem prejuízo dos direitos do cônjuge supérstite”). “Art. 2.585. *Si el causante dejare padre y madre, lo heredan por partes iguales, y si sólo hubiere uno de ellos, recibirá toda la herencia. En defecto de padre y madre, sucederán los ascendientes más próximo en grado, por iguales partes, aunque fueren de distintas líneas. La vocación hereditaria en la línea ascendiente matrimonial o extramatrimonial sólo llega hasta el cuarto grado*” (Em vernáculo: “Art. 2.585. Se o *de cujus* deixar pai e mãe, herdam-no por partes iguais, e se só houver um deles, receberá toda a herança. Em falta de pai e mãe, sucedem os ascendentes mais próximos em grau, por iguais partes, ainda que forem de distintas linhas. A vocação hereditária na linha ascendente matrimonial ou extramatrimonial só chega até o quarto grau”).

⁷⁹⁰ “Art. 2.586. *El derecho hereditario del cónyuge supérstite sobre los bienes propios del causante será: a) igual al que corresponda a cada uno de los hijos del autor que concurren con él; b) la tercera parte de la herencia si concurren con él los padres del causante, y la mitad, si sólo quedare uno de ellos; c) la mitad, si fallecidos los dos suegros, concurrieren otros ascendientes; y d) la totalidad, si no existieren descendientes ni ascendientes*” (Em vernáculo: “Art. 2.586. O direito hereditário do cônjuge supérstite sobre os bens próprios do *de cujus* será: a) igual ao que corresponda a cada um dos filhos do autor que concorram com ele; b) a terça parte da herança se concorrem com ele os pais do *de cujus*, e a metade, se só um deles sobreviver; c) a metade, se falecidos os dois sogros, concorrerem outros ascendentes; e d) a totalidade, se não existirem descendentes nem ascendentes”).

⁷⁹¹ “Art. 2.590. *El cónyuge sobreviviente, cuando concurre con ascendientes, o descendientes extramatrimoniales, tendrá derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido hereditario de gananciales. Este beneficio no existe cuando el cónyuge concurre con descendientes o ascendientes matrimoniales*” (Em vernáculo: “Art. 2.590. O cônjuge sobrevivente, quando concorre com ascendentes, ou descendentes extramatrimoniais, terá direito a uma quarta parte sobre o haver líquido hereditário de aqüestos. Este benefício não existe quando o cônjuge concorre com descendentes ou ascendentes matrimoniais”). Este artigo teve sua redação determinada pela Lei nº. 204/93, que também alterou a redação do art. 2.591 para determinar igualdade de tratamento entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais. A redação anterior incluía os descendentes extramatrimoniais: “Art. 2.590. *El cónyuge sobreviviene (sic), cuando concurre con ascendientes extramatrimoniales, tendrá derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido hereditario de gananciales. Este beneficio no existe cuando el cónyuge concurre con ascendientes matrimoniales*” (Em vernáculo: “Art. 2.590. O cônjuge sobrevivente, quando concorre com ascendentes extramatrimoniais, terá direito a uma quarta parte sobre o haver líquido hereditário de aqüestos. Este benefício não existe quando o cônjuge concorre com ascendentes matrimoniais”).

A sucessão do cônjuge não terá lugar se o *de cujus* estava enfermo ao casar e morreu dessa enfermidade nos trinta dias seguintes, salvo se o matrimônio foi celebrado para regularizar uma união de fato; se os cônjuges estavam judicialmente separados por culpa do sobrevivente; se os cônjuges estavam separados por mútuo consentimento; ou se os cônjuges estavam separados de fato, sem vontade de unirem-se (art. 2.587⁷⁹²). Ademais, concorrendo o cônjuge com ascendentes ou descendentes, não terá parte a título de herança nos bens aqüestos que corresponderam ao *de cujus* (art. 2.588⁷⁹³).

O cônjuge tem, ademais, direito nas sucessões dos seus sogros, se permaneceu viúvo e não teve filhos, ou cujos filhos não sobreviveram ao tempo em que se abriu a sucessão dos seus sogros, recebendo um terço dos bens que corresponderiam ao outro cônjuge em ditas sucessões (art. 2.589⁷⁹⁴).

O cônjuge é arrolado como herdeiro necessário no art. 2.598, que lhe dá uma quota de metade da herança, inferior, portanto, à dos descendentes (4/5) e dos ascendentes (2/3)⁷⁹⁵.

⁷⁹² “Art. 2.587. La sucesión entre esposos no tendrá lugar: a) cuando hallandose enfermo uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una unión de hecho, haya o no hijos; b) si se hallaren separados por sentencia judicial, respecto del que hubiere dado causa para ello; y c) si lo estuvieren por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse” (Em vernáculo: “Art. 2.587. A sucessão entre cônjuges não terá lugar: a) quando achando-se enfermo um dos cônjuges ao celebrar o matrimônio, morresse dessa enfermidade dentro dos trinta dias seguintes, salvo se o matrimônio se houvera celebrado para regularizar uma união de fato, haja ou não filhos; b) se se acharem separados por sentença judicial, em relação ao qual deu causa a isso; c) se o estiverem por mútuo consentimento, ou de fato, sem vontade de unir-se”).

⁷⁹³ “Art. 2.588. El cónyuge que concurra con ascendientes o descendientes, no tendrá parte a título de herencia en los bienes gananciales que hubieren correspondido al causante” (Em vernáculo: “Art. 2.588. O cônjuge que concorra com ascendentes ou descendentes não terá parte a título de herança nos bens aqüestos que houverem correspondido ao *de cujus*”).

⁷⁹⁴ “Art. 2.589. El cónyuge que permaneciere viudo y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren al tiempo en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la tercera parte de los bienes que hubieren correspondido al otro cónyuge en dichas sucesiones” (Em vernáculo: “Art. 2.589. O cônjuge que permaneceu viúvo e não teve filhos, ou que, se os teve, não sobreviveram ao tempo em que se abriu a sucessão de seus sogros, terá direito à terça parte dos bens que houveram correspondido ao outro cônjuge em ditas sucessões”).

⁷⁹⁵ “Art. 2.598. La legítima de los descendientes es de cuatro quintas partes de la herencia. La de los ascendientes es de dos tercios. La del cónyuge, cuando no existan descendientes ni ascendientes, es la mitad. La legítima del adoptante y del adoptado será la mitad de la herencia” (Em vernáculo: “Art. 2.598. A legítima dos descendentes é de quatro quintas partes da herança. A dos ascendentes é de dois terços. A do cônjuge, quando não existam descendentes nem ascendentes, é a metade. A legítima do adotante e do adotado será metade da herança”).

O Código paraguaio trata da união de fato no Capítulo X do Título III (Dos direitos pessoais nas relações de família) do Livro Primeiro, regulando-a como sociedade de fato (art. 221⁷⁹⁶). Permite o Código disposições testamentárias entre os concubinos (art. 219⁷⁹⁷), dando, em caso de morte, direito a aposentadoria, pensão e indenização, à semelhança do que caberia ao cônjuge (art. 223⁷⁹⁸), mas não fala em nenhum momento de herança legítima entre companheiros.

Nota-se, de todo o exposto, que o Código Civil paraguaio trata da matéria em estudo de forma muito semelhante ao Código Civil argentino, possivelmente pela influência que sofreu deste, que vigorou no Paraguai por muitos anos.

7.9. Direito Uruguaio

O Código Civil uruguaio foi aprovado em 23 de janeiro de 1868 (Lei nº. 16.603)⁷⁹⁹. Está ele dividido em quatro Livros⁸⁰⁰, acrescidos de um Título Final e um Apêndice, em um total de 2.405 artigos. Trata das sucessões no Livro terceiro, que cuida Dos modos de adquirir o domínio, começando pela Sucessão testamentária (Título IV),

⁷⁹⁶ “Art. 221. La sociedad de hecho formada entre concubinos se regirá, en lo pertinente, por las disposiciones que regulan la comunidad de bienes matrimoniales. El carácter de comunes que revistan los bienes que aparezcan registrados como pertenecientes a uno solo de los concubinos, no podrá ser opuesto en perjuicio de terceros acreedores” (Em vernáculo: “Art. 221. A sociedade de fato formada entre concubinos se regerá, no pertinente, pelas disposições que regulam a comunidade de bens matrimoniais. O caráter de comuns que revistam os bens que aparecem registrados como pertencentes a um só dos concubinos, não poderá ser oposto em prejuízo de terceiros credores”).

⁷⁹⁷ “Art. 219. Serán válidas las estipulaciones de ventajas económicas concertadas por los concubilos (sic) entre sí, o contenidas en disposiciones testamentarias, salvo lo dispuesto por este Código sobre la legítima de los herederos forzosos” (Em vernáculo: “Art. 219. Serão válidas as estipulações de vantagens econômicas concertadas pelos concubinos entre si, ou contidas em disposições testamentárias, salvo o disposto por este Código sobre a legítima dos herdeiros necessários”).

⁷⁹⁸ “Art. 223. El supérstite en las uniones de hecho, gozará de los mismos derechos a las jubilaciones, pensiones, e indemnizaciones debidas al difunto que corresponderían al cónyuge” (Em vernáculo: “Art. 223. O supérstite nas uniões de fato, gozará dos mesmos direitos às aposentadorias, pensões, e indenizações devidas ao falecido que corresponderiam ao cônjuge”).

⁷⁹⁹ Para esta e todas as demais referências ao Código Civil do Uruguai, utilizou-se a versão constante do CD-Rom já citado, gentilmente cedida pelo Dr. Marcelo Leal de Lima Oliveira.

⁸⁰⁰ O Código Civil uruguaio também não é dividido em Parte Geral e Parte Especial, como o nosso.

para só depois tratar da Sucessão intestada (Título V) e Das disposições comuns à sucessão testada ou intestada (Título VI).

No Título V, o Capítulo II, quase inteiramente modificado pelas Leis nºs. 15.855, de 25/03/87, e 16.170, de 28/12/90, trata Da ordem de chamamento, principiando pelos descendentes, legítimos ou naturais (art. 1.025⁸⁰¹). Chama, em seguida, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.026⁸⁰²), recebendo este metade da herança. Não havendo ascendentes nem cônjuge, herdaram os irmãos, legítimos ou naturais, e seus filhos adotivos (art. 1.027⁸⁰³). Faltando estes, são chamados à sucessão o pai ou a mãe adotantes e os colaterais além do segundo grau (art. 1.028⁸⁰⁴). Por fim, faltando todos, “herda” o Estado (art. 1.034⁸⁰⁵). O cônjuge culpado pela separação não tem direito à herança (art. 1.031⁸⁰⁶).

⁸⁰¹ “1025.- *La ley llama a la sucesión intestada, en primer lugar, a la línea recta descendiente. Habiendo descendientes legítimos o naturales estos excluyen a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o a la mujer sobreviviente*” (Em vernáculo: “1025.- A lei chama à sucessão intestada, em primeiro lugar, a linha reta descendente. Havendo descendentes legítimos ou naturais estes excluem todos os outros herdeiros, sem prejuízo da porção conjugal que corresponda ao marido ou à mulher sobrevivente”).

⁸⁰² “1026.- *A falta de posteridad legítima o natural del difunto lo sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sean legítimos o naturales, cuando ha mediado reconocimiento anterior al fallecimiento del causante y su cónyuge. La herencia se dividirá en dos partes, una para los ascendientes y una para el cónyuge. Cuando sólo hubiese una de las dos clases llamadas a concurrir por este artículo, esta llevará toda la herencia*” (Em vernáculo: “1026.- À falta de descendência legítima ou natural do falecido sucedê-lo-ão seus ascendentes de grau mais próximo, sejam legítimos ou naturais, quando mediou reconhecimento anterior ao falecimento do *de cujus* e seu cônjuge. A herança se dividirá em duas partes, uma para os ascendentes e uma para o cônjuge. Quando só houvesse uma das duas classes chamadas a concorrer por este artigo, esta levará toda a herança”).

⁸⁰³ “1027.- *A falta de los llamados por el artículo anterior, sucederán al difunto sus hermanos legítimos o naturales y sus hijos adoptivos; la herencia se dividirá en dos partes: una para los hermanos y otra para los hijos adoptivos y si falta una de estas clases, la otra llevará toda la herencia. Entre los hermanos de que habla este artículo, se comprenderán aun los que sólo lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal*” (Em vernáculo: “1027.- À falta dos chamados pelo artigo anterior, sucederão ao falecido seus irmãos legítimos ou naturais e seus filhos adotivos; a herança se dividirá em duas partes: uma para os irmãos e outra para os filhos adotivos e se falta uma destas classes, a outra levará toda a herança. Entre os irmãos de que fala este artigo, compreender-se-ão ainda os que só o sejam por parte de pai ou por parte de mãe, porém a porção do irmão paterno ou materno será a metade da porção do irmão carnal”).

⁸⁰⁴ “1028.- *A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, de cónyuge sobreviviente y de hijos adoptivos, son llamados a la sucesión, el padre o madre adoptante y las colaterales legítimos o naturales del difunto fuera del segundo grado (artículo 1021), según las reglas siguientes: 1º. El adoptante excluirá a los colaterales de que habla este artículo. 2º. El colateral o los colaterales de grado más próximo, excluirán siempre a los otros. 3º. Los derechos de sucesión de los colaterales no se extenderán más allá del cuarto grado, sin perjuicio del derecho de representación. 4º. Los colaterales de simple conjunción, esto es, lo que sólo son parientes del difunto por parte de padre o por madre, gozarán de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción, esto es, los que a la vez son parientes del difunto por parte de padre y por parte de madre*” (Em vernáculo: “1028.- À falta de descendentes, ascendentes e irmãos, de cônjuge sobrevivente e de filhos adotivos, são chamados à sucessão o pai ou mãe adotante e os colaterais legítimos ou naturais do falecido fora do segundo grau (artigo 1021), segundo as regras seguintes: 1º. O adotante excluirá aos colaterais de que fala este artigo. 2º. O colateral ou os colaterais de grau mais próximo excluirão sempre aos outros. 3º. Os direitos de sucessão dos colaterais não se estendem além do quarto

O Código Civil uruguaio trata da legítima no Título referente à sucessão testamentária, enunciando como herdeiros necessários os filhos legítimos ou naturais e os ascendentes legítimos (art. 885⁸⁰⁷), aí não incluindo, portanto, o cônjuge. Cuida, no entanto, da “porção conjugal”, que é a parte do patrimônio do cônjuge pré-morto que a lei designa ao cônjuge sobrevivente que carece do necessário para o seu razoável sustento (art. 874⁸⁰⁸). A ela tem direito até mesmo o cônjuge separado, desde que não culpado (art. 875⁸⁰⁹). A “porção conjugal” é, em regra, de um quarto da herança; mas, havendo descendentes legítimos ou naturais, a porção do cônjuge equivalerá à de um filho (art. 881⁸¹⁰).

Tem o cônjuge, também, direito real de habitação sobre o único imóvel da herança (art. 881-1⁸¹¹), que se estende aos bens móveis que equiparem referido imóvel

grau, sem prejuízo do direito de representação. 4º. Os colaterais de simples conjunção, isto é, os que só são parentes do *de cuius* por parte de pai ou por mãe, gozarão dos mesmos direitos que os colaterais de dupla conjunção, isto é, os que por sua vez são parentes do *de cuius* por parte de pai e por parte de mãe”).

⁸⁰⁵ “1034.-A falta de todos los que tengan derecho a heredar, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo, heredará el Estado” (Em vernáculo: “1034.- À falta de todos os que tenham direito a herdar, conforme o disposto no presente capítulo, herdará o Estado”).

⁸⁰⁶ “1031.-El cónyuge separado (artículo 148) no tendrá parte alguna en la herencia ab intestato de su mujer o marido, si por sentencia hubiese sido declarado culpable de la separación” (Em vernáculo: “1031.- O cônjuge separado (artigo 148) não terá parte alguma na herança *ab intestato* de sua mulher ou marido, se por sentença fora declarado culpado pela separação”).

⁸⁰⁷ “885.-Tienen legítima: 1º.- Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales. 2º.- Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural. 3º.- Los ascendientes legítimos” (Em vernáculo: “885.- Têm legítima: 1º.- Os filhos legítimos, pessoalmente ou representados por seus descendentes legítimos ou naturais. 2º.- Os filhos naturais, reconhecidos ou declarados tais, pessoalmente ou representados por sua descendência legítima ou natural. 3º.- Os ascendentes legítimos”).

⁸⁰⁸ “874.-La porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto, que la Ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación” (Em vernáculo: “874.- A porção conjugal é aquela parte do patrimônio do cônjuge pré-morto que a lei assina ao cônjuge sobrevivente que carece do necessário para seu razoável sustento”).

⁸⁰⁹ “875.-Tendrá derecho a la porción conyugal aun el cónyuge separado (artículo 148), a menos que por sentencia haya sido declarado culpable de la separación” (Em vernáculo: “875.- Terá direito à porção conjugal também o cônjuge separado (artigo 148), a menos que por sentença tenha sido declarado culpado pela separação”).

⁸¹⁰ “881.-La porción conyugal es la cuarta parte de los bienes del difunto, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos o naturales reconocidos o declarados tales. Habiendo tales descendientes, el viudo será contado entre los hijos a los efectos del artículo 887, inciso 1º y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo (Artículo 1043, numeral 4)” (Em vernáculo: “881.- A porção conjugal é a quarta parte dos bens do falecido, em todas as ordens de sucessão, salvo no dos descendentes legítimos ou naturais reconhecidos ou declarados tais. Havendo tais descendentes, o viúvo será contado entre os filhos aos efeitos do artigo 887, inciso 1º. e receberá como porção conjugal a legítima rigorosa de um filho (artigo 1043, número 4)”).

⁸¹¹ “881-1.-Si, una vez pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio de la misma un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda y que hubiere constituido el hogar conyugal, ya fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio y concurrieren otras personas con vocación

(art. 881-2⁸¹²). Mas tais direitos são perdidos se o cônjuge contrai novas núpcias, vive em concubinato ou adquire outro imóvel em semelhantes condições (art. 881-3⁸¹³).

Não cuida, o Código Civil uruguaio, do concubinato ou de qualquer forma de união extraconjugal, não dando, portanto, direito sucessório a companheiros de qualquer espécie.

7.10. Conclusão Sobre o Direito Estrangeiro

Fica evidente pela análise do direito estrangeiro a tendência universal pela melhora da situação do cônjuge e do companheiro em matéria sucessória. Observa-se que as legislações mais antigas consagram posição não muito vantajosa para o consorte na sucessão, normalmente atrás dos ascendentes e, às vezes, atrás até dos colaterais, ao passo que as legislações mais modernas⁸¹⁴ já colocam o cônjuge em posição mais vantajosa, algumas até em concorrência com os descendentes. No entanto, nenhuma das legislações analisadas foi, em seu conjunto, tão vantajosa ao cônjuge como a nova legislação brasileira.

hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. En defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los herederos deberán proporcionarle otro que reciba la conformidad del cónyuge supérstite. En caso de desacuerdo el Juez resolverá siguiendo el procedimiento extraordinario” (Em vernáculo: “881-1.- Se, uma vez pagas as dívidas da sucessão, restar no patrimônio da mesma um imóvel, urbano ou rural, destinado à residência e que constituiu o domicílio conjugal, já fora propriedade do *de cuius*, aqüesto ou comum do matrimônio e concorrerem outras pessoas com vocação hereditária ou como legatários, o cônjuge supérstite terá direito real de habitação de forma vitalícia e gratuita. Em falta de imóvel que tenha constituído o domicílio conjugal, os herdeiros deverão proporcionar-lhe outro que receba a conformidade do cônjuge supérstite. Em caso de desacordo o Juiz resolverá seguindo o procedimento extraordinário”).

⁸¹² “881-2.-Este derecho comprende, además el derecho real de uso vitalicio y gratuito de los muebles que equiparen dicho inmueble (inciso segundo del artículo 469) ya fueren propiedad del causante, gananciales o comunes del matrimonio” (Em vernáculo: “881-2.- Este direito compreende, ademais, o direito real de uso vitalício e gratuito dos móveis que equiparem dito imóvel (inciso segundo do artigo 469), já forem propriedade do *de cuius*, aqüestos ou comuns do matrimônio”).

⁸¹³ “881-3.-Ambos derechos se perderán si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o adquiriere un inmueble apto para vivienda, de similares condiciones al que hubiera sido su hogar conyugal” (Em vernáculo: “881-3.- Ambos direitos se perdem se o cônjuge supérstite contrair novas núpcias, viver em concubinato ou adquirir um imóvel apto para residência, de similares condições ao que fora seu domicílio conjugal”).

Também quanto à condição de herdeiro necessário, é fácil constatar ser tendência moderna a consagração do cônjuge como herdeiro necessário, o que se constata nas legislações mais modernas. Ademais, registre-se a tendência a aumentar a legítima, chegando, em alguns casos, a até oitenta por cento da herança.

Por fim, à exceção do Código mexicano, nenhum dos sistemas analisados consagra direito sucessório legítimo ao companheiro.

Convém extrair, de toda a análise do direito estrangeiro, as disposições que seriam oportunamente tomadas para o nosso direito. Dos direitos português, italiano, alemão e uruguaio, pensamos que seria conveniente tomar a extensão do direito real de habitação ao chamado “recheio” do imóvel, ou seja, aos bens móveis que o guarnecem. Trata-se de disposição benéfica ao cônjuge e que não tem similar no direito nacional, convindo que assim se disponha. Ainda, dos direitos português, italiano, argentino e paraguaio se deve tomar a legítima variável, não exatamente nos termos dos Códigos Civis destes países, mas em patamares que podemos tomar do Anteprojeto de Orlando Gomes, já estudado anteriormente. Do direito mexicano podemos extrair a necessidade de limitar o direito sucessório dos companheiros à hipótese de união exclusiva, sem que haja casamento ou mais de uma união. Dos direitos argentino e paraguaio entendemos conveniente tomar a restrição ao direito sucessório do cônjuge nos casamentos *in extremis*, quando o *de cujus* faleceu nos trinta dias seguintes ao casamento.

⁸¹⁴ Observe-se que nos referimos não à data dos Códigos em si, mas das leis que alteraram o direito sucessório em cada Código.

8. PROPOSTA LEGISLATIVA

8.1. Justificativa

Como nota Luiz Carlos de AZEVEDO, o historiador não é um simples coletor de anotações, nem carrega consigo, unicamente, as funções de notário, limitando-se a registrar no livro da memória as passagens de interesse para o estudioso do futuro. E não é um antiquário, guardando e exibindo relíquias colhidas na poeira dos tempos corridos, para satisfazer a curiosidade daqueles que por ela se interessam. E não é, por fim, um arqueólogo, que escava as camadas sobrepostas da terra, à procura de objetos e fragmentos de metal ou de argila, capazes de fornecer apoio às suas investigações, na descoberta de civilizações extintas. Além de ser, até certo ponto, tudo isso, ou, pelo menos, embora conservando similares encargos na atividade desempenhada, exige-se-lhe mais, pois é necessário extrair um resultado útil desse conteúdo adquirido, uma consequência prática, decorrente do esforço efetivado, uma contribuição de valor para o momento presente, que sirva para melhor compreendê-lo, explicá-lo e lhe dar sentido⁸¹⁵. É justamente esta a razão deste derradeiro Capítulo, em que se tenta dar utilidade prática ao estudo histórico.

De tudo que já foi dito neste trabalho, podemos facilmente concluir pela necessidade de alteração da nova lei civil em vários de seus artigos. Bem por isso, concluímos o presente trabalho com um projeto de lei, com propostas que nada mais são do que a conclusão do que até aqui se estudou. Compete-nos, porém, desde já, justificá-las.

Viu-se como injusta ficou a distinção, no novo Código, entre o direito sucessório do cônjuge e o do companheiro. Embora tal discriminação tenha explicações de ordem histórica, o fato é que é preciso alterar tal situação. E nem mesmo o Projeto de Lei

⁸¹⁵ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.*, p. 89.

nº. 6.960/02, que pretende alterar a redação do art. 1.790, chega a corrigir o problema. Pretende-se aqui proscrever tal distinção, tratando ambos de forma igualitária. Para tanto, a primeira providência é a revogação do art. 1.790 do novo Código Civil⁸¹⁶. Em seguida, alterando a redação dos arts. 1.829, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838 e 1.839, pretende-se colocar o companheiro ao lado do cônjuge na sucessão legítima. Por fim, acresce-se um parágrafo único ao art. 1.830, para aplicar ao companheiro a restrição que este já trazia para o cônjuge, exigindo união exclusiva (à semelhança do que dispõe o Código Civil mexicano) e esclarecer a necessidade de sentença judicial transitada em julgado que reconheça a união estável.

Aproveitou-se para excluir destes dispositivos a expressão “cônjuge sobrevivente”, substituída apenas por “cônjuge”, já que é desnecessário dizer que é o sobrevivente quem herda do falecido, assim como não se faz tal referência para nenhum outro herdeiro. E também se substitui no art. 1.832 a expressão “ascendente dos herdeiros com que concorrer” por “ascendente de todos os herdeiros com que concorrer”, para evitar a dúvida ora reinante na doutrina quanto à correta aplicação da reserva de quinhão do cônjuge.

Procuramos excluir, do inciso I do art. 1.829 do novo Código, a confusa discriminação relativa ao regime de bens que dele consta. A uma, por entendermos que a questão do regime de bens não deve se colocar em matéria de sucessões, mas apenas para efeito de partilha derivada de meação. A duas, porque os termos da lei são extremamente confusos, gerando muita incerteza na doutrina, o que, certamente, redundará em dificuldade de aplicação pelos tribunais. A três, porque, mesmo no regime de separação legal, que, em tese, justificaria a exclusão do direito sucessório, não é fiel a jurisprudência à exigência legal de separação patrimonial, havendo até mesmo Súmula do Supremo Tribunal Federal contrariando as disposições da lei⁸¹⁷. A quatro, porque o próprio legislador não foi fiel a esta distinção, determinando o direito sucessório do cônjuge independentemente do regime no inciso II do mesmo artigo 1.829. Assim, propomos a

⁸¹⁶ Idêntica proposta fez HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Equalização “cônjuge e companheiro” no direito sucessório. *In: Boletim IBDFAM*. Belo Horizonte: IBDFAM, set.-out./2003, v. 22, p. 6.

⁸¹⁷ A propósito da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que, em nosso modo de ver, está revogada, e de toda a discussão a respeito da comunicação ou não dos bens no regime de separação legal, vide CARVALHO NETO, Inacio de. A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o novo Código Civil. *In: <<http://www.inteligentiajuridica.com.br>>*. Acesso em: 01/dez./2004.

exclusão da referência ao regime, herdando o cônjuge ou o companheiro em concorrência com os descendentes qualquer que seja o regime de bens⁸¹⁸. Nesta mesma esteira, pretendemos excluir do art. 990 do Código de Processo Civil também a referência a regime de comunhão, pois não mais se justifica que o cônjuge (e também o companheiro) só possa ser inventariante nesta hipótese, já que passa a ser herdeiro em qualquer regime.

No art. 1.830, procuramos suprimir a referência à separação de fato, restaurando a restrição do Código de 1916 apenas à separação judicial, tendo em vista que, como já dissemos, a separação de fato não deve ser causa para exclusão do direito sucessório do cônjuge ou do companheiro. Da mesma sorte, no art. 1.723, § 1º., retiramos a separação de fato como autorizadora da constituição de união estável, o que, além de todos os inconvenientes já citados (inclusive por ser de constitucionalidade duvidosa), tem o condão de criar confusão em eventual concorrência de sucessão com cônjuge e companheiro.

Entendemos por bem, seguindo modelos de outros países e do Projeto de Orlando Gomes, sugerir o acréscimo de um parágrafo único ao art. 1.846 do novo Código Civil, para aumentar para setenta e cinco por cento a quota legitimária dos descendentes, sempre que houver três ou mais filhos ou quando concorrem cônjuge e pelo menos dois filhos, de forma a protegê-los melhor na sucessão, diminuindo o arbítrio do testador. Tendo em vista que os filhos são os primeiros na ordem de vocação hereditária; tendo em vista que o número excessivo de filhos torna pequeno o quinhão de cada um; tendo em vista que estes filhos agora poderão ter diminuída ainda mais a sua quota hereditária em face do direito do cônjuge a parte da herança, nos termos do art. 1.829, inciso I; e tendo em vista ainda que a possibilidade de o testador deixar até metade dos bens para qualquer pessoa (inclusive a um dos filhos, criando discriminação entre eles) pode diminuir sobremaneira a quota de cada um, entendemos que a legítima em três quartos melhor atenderá aos interesses desses filhos. Em conseqüência, torna-se necessário alterar a redação do art. 1.789, ressaltando o disposto no parágrafo único do art. 1.846.

Acrescemos, ademais, o companheiro no rol dos herdeiros necessários do art. 1.845, tendo em vista não haver razão, também neste passo, para a discriminação. E

⁸¹⁸ Em sentido convergente, anota DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende (*Op. cit.*, p. 566) que “mais adequado teria sido, pensamos, que tivesse feito como o legislador português, que simplesmente determinou a partilha por cabeça entre o cônjuge e os filhos, sem eleger outros fatores condicionantes, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros”.

sugerimos a inclusão de um artigo (1963-A) para tratar da deserdação do cônjuge e do companheiro, tendo em vista serem considerados herdeiros necessários, mas não constar atualmente a possibilidade de sua deserdação, ressaltando, porém, que a continuação da convivência depois de ter conhecimento do ato que justificaria a deserdação configura perdão tácito e que a deserdação abrange o direito real de habitação.

Convém, ainda, incluir um parágrafo único ao art. 1.831, para esclarecer que, mesmo havendo na herança mais de um imóvel, caberá o direito real de habitação se, pagas as dívidas, restar apenas um imóvel. Ademais, como notamos no Capítulo anterior, convém trazer para o direito pátrio a disposição dos direitos português, italiano, alemão e uruguaio que dá ao cônjuge o direito ao “recheio” do imóvel objeto do direito real de habitação, o que acrescentamos no *caput* do art. 1.831.

Seguindo modelo argentino (copiado no Paraguai), pretendemos inserir os §§ 2º. e 3º. ao art. 1.830, visando à exclusão da herança ao cônjuge ou ao companheiro, nos casos de casamento *in extremis*, ou quando a união se iniciou quando o autor da herança já estava com grave enfermidade, da qual vem a falecer nos trinta dias seguintes ao casamento ou à constituição da união, procurando com isto evitar que o casamento ou a união estável tenham outra finalidade que não seja apenas a formação da família.

Procuramos incluir no art. 1.797, que trata da possibilidade do cônjuge ou do companheiro ficarem na posse e administração dos bens da herança até que seja nomeado inventariante, a ressalva que foi incluída no art. 1.579, § 1º., do Código Civil de 1916, pelo Estatuto da Mulher Casada, de que o cônjuge ou companheiro que não foi culpado pela separação de fato não perde o direito à administração dos bens. Igual ressalva se pretende incluir no art. 990, inciso I, do Código de Processo Civil, que trata do direito do cônjuge à nomeação como inventariante.

Por fim, é preciso excluir a referência a cônjuges nos arts. 544 e 2.003, para deixar claro que o cônjuge não é obrigado à colação, como não o são os ascendentes.

8.2. Projeto de Lei

PROJETO DE LEI Nº. , de 2005

Dá nova redação aos artigos 544, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº. 10.460, de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, e ao artigo 990 da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que “Institui o Código de Processo Civil”, acrescenta e revoga dispositivos e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Os artigos 544, 1.723, 1.789, 1.797, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.836, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845, 1.846 e 2.003 da Lei nº. 10.460, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança”.

“Art. 1.723.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada judicialmente”.

“Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 1.846”.

“Art. 1.797.

I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão, não perdendo, contudo, este direito se essa convivência se tornou impossível sem culpa sua;

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

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;

III - ao cônjuge ou companheiro;

IV - aos colaterais”.

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente.

§ 1º. Para o companheiro, somente é reconhecido direito sucessório se, ao tempo da morte do outro, não haviam dissolvido judicialmente a união, consensual ou litigiosamente, e desde que a união fosse exclusiva, devendo ainda ser reconhecida a união estável por sentença judicial transitada em julgado.

§ 2º. Não terá direito à herança o cônjuge cujo casamento se deu *in extremis*, tendo o autor da herança falecido nos trinta dias seguintes ao casamento em decorrência da doença que tinha ao casar, salvo se o casamento se deu para regularizar uma situação de fato pré-existente.

§ 3º. Igualmente não terá o companheiro direito à herança se a união se iniciou quando o autor da herança já se encontrava gravemente enfermo, vindo a falecer dessa enfermidade nos trinta dias seguintes à constituição da união”.

“Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, enquanto viver e não constituir nova união, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, bem como aos bens móveis que o guarnecem.

Parágrafo único. Mesmo havendo na herança mais de um imóvel, caberá o direito real de habitação se, pagas as dívidas, restar apenas um imóvel”.

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge ou ao companheiro quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer”.

“Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou o companheiro.”.

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

“Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou ao companheiro”.

“Art. 1.839. Se não houver cônjuge e companheiro, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau”.

“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes, o cônjuge e o companheiro”.

“Art. 1.846.”

Parágrafo único. Deixando, porém, o falecido três ou mais filhos, ou quando concorrer à sucessão cônjuge ou companheiro e pelo menos dois filhos, a legítima se constituirá de setenta e cinco por cento da herança”.

“Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados”.

Art. 2º. O art. 990 da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 990.”

I - o cônjuge sobrevivente ou o companheiro, qualquer que seja o regime de bens, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste, salvo se essa convivência se tornou impossível sem culpa dele”.

Art. 3º. Acrescente-se, após o art. 1.963 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte dispositivo:

“Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção do cônjuge e do companheiro:

I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento ou da união estável, ou que determine a perda do poder familiar;

II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou companheiro ou aos filhos comuns;

III – desamparo do outro cônjuge ou companheiro ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade.

§ 1º. Configura perdão tácito, desautorizando a deserção, o fato de o cônjuge continuar a conviver com o outro depois de ter conhecimento do ato que a permitiria.

§ 2º. A deserção afasta o cônjuge ou o companheiro inclusive do direito real de habitação”.

Art. 4º. Fica revogado o art. 1.790 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 5º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. *In: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 09/dez./2004.*
- ALEMANHA. *Bürgerliches Gezetzbuch*, 1896. 104. ed. Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995.
- ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. São Paulo: Brasiliense, 1991, v. 1.
- ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado: direito das sucessões**. Coord. Álvaro Villaça AZEVEDO. São Paulo: Atlas, 2003, v. 18.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. 1.
- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 5. ed. São Paulo: Ícone, 1989.
- AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. O novo Código Civil, começa o III milênio no direito brasileiro. *In: Consulex*. Brasília, 28/fev./2003, v. 147.
- AMEAL, João. **Breve resumo da história de Portugal**. Lisboa: [s.e.], [19--].
- _____. **História de Portugal**. Porto: Tavares Martins, 1940.
- ARAÚJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ARAÚJO, Ricardo Augusto de O. Xavier. O direito das sucessões no novo Código Civil. *In: <<http://www1.jus.com.br>>. Acesso em: 12/mar./2004.*
- ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du Code Civil français*. Paris: LGDJ, 1969.
- ARRUDA, João. **Do casamento**. São Paulo: Manderbach, 1911.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1978.
- _____. **Direito civil: sucessões**. 4. ed. Coimbra, 1989.
- ASHTON, Ina Warncke. **Curso de alemão para juristas: Deutschkurs für Juristen**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- AZEVEDO, Philadelpho. A unidade do direito obrigacional. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002.
- AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes em el matrimonio*. Buenos Aires: Depalma, 2002.

- BALMASEDA, Oscar Monje. *Introducción al derecho civil español*. In: <<http://www.luiss.it>>. Acesso em: 16/dez./2004.
- BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado: sucesiones por causa de muerte*. Tradução: Santiago Sentis MELENDO. Buenos Aires: EJEJA, 1967, v. 5.
- BARBOSA, Ruy. *Discursos e conferências*. Rio de Janeiro: Porto, 1907.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Depalma, 1975, v. 2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1939, v. 6.
- _____. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.
- _____. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- _____. Observações para esclarecimento do Código Civil brasileiro. In: **Códigos Civis do Brasil: do Império à República** (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002.
- Bíblia Sagrada**. Tradução: João Ferreira de ALMEIDA (Revista e corrigida). São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989.
- BRASIL. **Anteprojeto de Código Civil**. 2. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 1973.
- _____. **Códigos Civis do Brasil: do Império à República** (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002.
- _____. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Decreto nº. 1.144**, 11/set./1861. In: **Coleção das leis do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1862, t. 22, parte 1.
- _____. **Decreto nº. 181**, 24/jan./1890. In: **Decretos do Governo Provisório**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890.
- _____. **Decreto nº. 521**, 26/jun./1890. In: **Decretos do Governo Provisório**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890.
- _____. **Decreto nº. 1.839** (Lei Feliciano Pena), 31/dez./1907. In: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 06/ago./2004.
- _____. **Decreto nº. 3.724**, 15/jan./1919. In: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 18/dez./2003.
- _____. **Decreto-Lei nº. 4.657**, 04/set./1942. In: <<http://www.dji.com.br>>. Acesso em: 15/out./2004.
- _____. **Decreto-Lei nº. 7.036**, 10/nov./1944. In: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 11/ago./2004.
- _____. **Decreto-Lei nº. 9.461**, 15/jul./1946. In: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 02/dez./2004.
- _____. **Decreto nº. 85.450**, 04/dez./1980. In: **Lex**. São Paulo: Lex, 1980.

- ____. **Decreto nº. 3.048**, 06/maio/1999. In: <<http://www.mpas.gov.br>>. Acesso em: 11/ago./2004.
- ____. **Emenda Constitucional nº. 8**, 14/abr./1977. In: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 20/dez./2004.
- ____. **Lei nº. 3.071**, 1º./jan./1916 (Código Civil). 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ____. **Lei nº. 3.807**, 26/ago./1960. In: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 11/ago./2004.
- ____. **Lei nº. 5.869**, 11/jan./1973 (Código de Processo Civil). 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ____. **Lei nº. 5.890**, 08/jun./1973. In: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 11/ago./2004.
- ____. **Lei nº. 9.250**, 26/dez./1995. In: <<http://www.mpas.gov.br>>. Acesso em: 11/ago./2004.
- ____. **Lei nº. 10.406**, 10/jan./2002. 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1.
- BRUTAU, José Puig. **Fundamentos de derecho civil**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1983, t. 5, v. 3.
- CAETANO, Marcello. **História do direito português**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992.
- CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ____. **Família e sucessões no Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CAHALI, Yussef Said. **O casamento putativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ____. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CÂMARA, José B. Gomes. **Subsídios para a história do direito pátrio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasilliana, 1973, t. 1.
- ____. **Subsídios para a história do direito pátrio**. Rio de Janeiro: Brasiliana, 1966, t. 3.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **Lições de direito das sucessões**. 3. ed. Coimbra, 1993, v. 1.
- CARBONNIER, Jean. *Le regime matrimonial: sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*. Paris: Bordeaux, 1932.
- CARNEIRO, Manuel Borges. **Direito civil de Portugal**. Lisboa: Maria da Madre de Deus, 1858, v. 2.
- CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- ____. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

- ____. A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o novo Código Civil. *In*: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 01/dez./2004
- CARVALHO NETO, Inacio de; FUGIE, Érika Harumi. **Novo Código Civil comparado e comentado: parte geral**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, v. 1.
- ____; _____. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito de família**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, v. 6.
- ____; _____. **Novo Código Civil comparado e comentado: direito das sucessões**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003, v. 7.
- CARVALHO, Carlos Augusto de. **Nova Consolidação das Leis Cíveis**. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1915.
- CARVÃO, Patrícia Leite. Separação de fato e união estável. *In*: <<http://www.amperj.org.br>>. Acesso em: 21/mar./1998.
- CHAMPION, Jean. *Regimes matrimoniaux et contrats de mariage*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- CHÁNETON, Abel. *História de Vélez Sársfield*. 2. ed. Buenos Aires: La Facultad, 1938, v. 2.
- COELHO, A. Ferreira. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, 1920, v. 1.
- COELHO DA ROCHA, M. A. **Ensaio sobre a história do Governo e da legislação de Portugal**. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1843.
- ____. **Instituições de direito civil português**. Lisboa: Livraria Clássica, 1907, t. 1.
- COGLIOLO, Pietro. **Filosofia do direito privado**. Tradução: Henrique de CARVALHO. Lisboa: Clássica, 1915.
- COLÔMBIA. **Lei nº. 57, 1887**. *In*: CD-Rom cedido pelo Professor Marcelo Leal de Lima Oliveira.
- CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- CORRÊA, Estêvão Lourenço. O novo Código Civil e o direito sucessório do(a) companheiro(a). *In*: **O Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 12/dez./2004.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1, t. 1.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Para uma história constitucional do direito português**. Coimbra: Almedina, 1995.
- CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no casamento e na união estável. *In: Temas atuais de direito e processo de família*. Coordenador: Cristiano Chaves de FARIAS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.
- DELESTRAINT, Pierre Dupont. *Droit civil: contrat de mariage et régimes matrimoniaux; successions, libéralités*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1986.
- DIAS, Maria Berenice. Ponto-e-vírgula. *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 27/abr./2003.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 6.
- _____. **Código Civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DUBY, Georges; PERROT, Michelle. **História das mulheres: a Antigüidade**. Tradução: Maria Helena da Cruz COELHO, Irene Maria VAQUINHAS, Leontina VENTURA e Guilhermina MOTA. Porto: Afrontamento, 1993, v. 1.
- DUNOYER, Luc Henry. *Blackstone et Pothier*. Paris: Rousseau, 1927.
- EBENROTH, Carsten Thomas; AUER, Thomas. *The law of succession*. *In: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. Introduction to german law*. Boston: Kluwer Law, 1996.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*. Tradução: Ramón Maria Roca SASTRE. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1960, t. 5, v. 1.
- ESPAÑA. *Lei de Bases*, 11/maio/1888 (*Código Civil*). 10. ed. Madrid: Tecnos, 1991.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FERREIRA, Pinto. **Inventário, partilha e ações de herança**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. **A mulher casada no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FERREIRA, Waldemar. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, t. 1.
- FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Folha de S. Paulo**. Caderno Brasil, seção Paineis, 25/jul./2002.
- FRANÇA. *Code Civil*, 1804. *In: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>*. Acesso em: 22/dez./2003.
- FRANÇA, R. Limongi. **A Lei do Divórcio comentada e documentada**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. **Instituições de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GALEAZZI, Marlene Anna; GARÓFALO, Mário Antônio. Divórcio: depois do sim, a regulamentação. *In: Revista Manchete*. Rio de Janeiro, 09/jul./1977.
- GALLARDO, Ricardo. *Divorcio, separacion de cuerpos y nulidad del matrimonio en las naciones latino-americanas*. Madrid: Madrid Diana, 1957.
- GAMA, Affonso Dionysio. **Regimes matrimoniais e sucessões legítimas**. São Paulo: Saraiva, 1929.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003.
- GAMA, Manuel de Azevedo Araújo e. **Estudo sobre o casamento civil**. Coimbra: Piza e Almeida, 1881.
- GAZZONI, Francesco. *Dal concubinato alla famiglia di fatto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1983.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Tradução: A. M. HESPANHA e L. M. Macaísta MALHEIROS. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GINOULHIAC, C. *Histoire générale du droit français*. Paris: Arthur Rousseau, 1884.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito grego & historiografia jurídica**. Curitiba: Juruá, 2004.
- _____. **Direito e história: uma relação equivocada**. Londrina: Humanidades, 2004
- GOMES, Orlando. **Direito privado: novos aspectos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- _____. **Memória justificativa do Anteprojeto de Reforma do Código Civil**. Brasília: Imprensa Nacional, 1963.
- _____. **Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Max Limonad, 1962, v. 10, t. 2.
- GONTIJO, Segismundo; GONTIJO, Juliana. Sucessão – regras gerais do novo CC. In: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 04/jun./2003.
- GRIMALDI, Michel. *Droit civil: successions*. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, [s.d.].
- GUIMARÃES, Hahnemann. Estudo comparativo do Anteprojeto do Código das Obrigações e do direito vigente. In: **Códigos Civis do Brasil: do Império à República** (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002.
- GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Direito sucessório do convivente e o enriquecimento sem causa do poder público. In: **Consulex**. Brasília, 31/jul./2003.
- ITÁLIA. *Codice civile*. 5. ed. Milano: Ulrico Hoepli, 1913.
- _____. **Régio Decreto nº. 262** (*Codice civile*), 16/mar./1942. In: <<http://www.jus.unitn.it>>. Acesso em: 11/ago./2004.
- _____. **Costituzione della Repubblica Italiana**, 22/dez./1947. In: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 25/out./2004.
- HERCULANO, Alexandre. **Estudos sobre o casamento civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1907.
- HERCULANO, Alexandre. **História de Portugal**. 8. ed. Lisboa: Betrand, [191?], v. 1.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: do direito das sucessões**. Coordenador: Antônio Junqueira de AZEVEDO. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.
- _____. Apontamentos renovados acerca da sucessão legítima, no Brasil. In: **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- ____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. *In: Novo Código Civil: questões controvertidas*. Coordenador: Mário Luiz DELGADO e Jones Figueirêdo ALVES. São Paulo: Método, 2003.
- ____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. *In: Temas atuais de direito e processo de família*. Coordenador: Cristiano Chaves de FARIAS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.
- ____. Equalização “cônjuge e companheiro” no direito sucessório. *In: Boletim IBDFAM*. Belo Horizonte: IBDFAM, set.-out./2003, v. 22.
- ____. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. Texto inédito, cedido pela autora.
- LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915.
- LASALA, José Luis Pérez. *Curso de derecho sucesorio*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- LECLERCQ, Abbé Jacques. *Leçons de droit naturel: la famille*. Paris: Maison, 1933, v. 3.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991, v. 1.
- ____. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**. 3. ed. Coordenador: Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21.
- ____. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. *In: Novo Código Civil: questões controvertidas*. Coordenador: Mário Luiz DELGADO e Jones Figueirêdo ALVES. São Paulo: Método, 2003.
- ____. O concubinato no direito japonês. *In: O Diário do Norte do Paraná*, 17/jun./1992.
- LIMA, Ronaldo Cunha. Discurso do Presidente da Comissão Temporária. *In: Códigos Civis do Brasil: do Império à República* (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002.
- LOBO, Eugênio Roberto Haddok. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1989, v. 1.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- ____. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *In: <<http://www.conectasur.org/pt/item3a.php>>*. Acesso em: 15/abr./2004.
- LUCADO, Max. **Simplesmente como Jesus**. 5. ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2001.
- MADALENO, Rolf. Fidelidade vidual na união estável. *In: Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, v. 91, jan.-fev./2000.
- ____. O novo direito sucessório brasileiro. *In: Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, jan./2002, v. 291.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. Sucessão do cônjuge sobrevivente casado. *In: Tribuna do Direito*. São Paulo, out./2004.
- MANZONI, Alessandro. *I promessi sposi*. Genova: Cideb, 1999.
- MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- MARTINS, J. P. Oliveira. **História de Portugal**. 9. ed. Lisboa: Parceria Antonio Maria Pereira, 1917, v. 1.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARX, Karl. **O manifesto comunista**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- MATOSO, António G. **História de Portugal**. Lisboa: Sá da Costa, 1939, v. 1.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. **Leçons de droit civil: la famille**. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1995.
- MERÉA, Manuel Paulo. **Evolução dos regimes matrimoniais**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913, v. 1.
- MÉXICO. **Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la Republica en materia federal**, 30/ago./1928. Cidade do México: Porrúa, 1979.
- _____. **Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la Republica en materia federal**, 30/ago./1928. In: <<http://www.solon.org>>. Acesso em 10/jan./2004.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Direito sucessório no novo Código Civil: problemática dos cônjuges, conviventes e concubinos. In: **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. Organizadores: Frederico A. PASCHOAL e José Fernando SIMÃO. Campinas: Millennium, 2004.
- MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito**. Coimbra, 1948, v. 1.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.
- _____. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6.
- NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. 5. ed. São Paulo: Topbooks, [s.d.], v. 2.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Newsletter Síntese**. Boletim informativo veiculado na Internet por e-mail, cadastrado no *site* <<http://www.sintese.com>>, 22/set./2003, v. 778.
- NICOLAU, Gustavo. Sucessão legítima no novo Código Civil. In: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 01/dez./2004.
- O brasileiro de hoje**. In: <<http://www.globo.com/jornaldaglobo>>. Acesso em: 21/dez./2004.
- OCTAVIO, Rodrigo. A codificação do direito civil no Brasil: Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado. In: **Arquivo Judiciário**. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, jan.-mar./1933, v. 25.
- _____. A codificação do direito civil no Brasil: Clóvis Beviláqua e a codificação do direito civil. In: **Arquivo Judiciário**. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, abr.-jun./1933, v. 26.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças**. São Paulo, 2004. Tese apresentada ao Doutorado em Direito Civil. USP.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Alimentos e sucessão no casamento e na união estável**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- OLIVEIRA, Wilson de. **Sucessões**. Belo Horizonte: del Rey, 1995.
- ORLANDO JÚNIOR, Vittorio Emanuele. *Problemi di diritto matrimoniale*. Nápoli: Dott. Eugenio Joverne, 1955.
- PARAGUAI. *Ley nº. 1.183*, 23/dez./1985. Assunção: El Foro, 1999.
- PASCHOAL, Frederico A. O direito real de habitação e o excesso inconstitucional em relação à união estável. *In: Contribuições ao estudo do novo direito civil*. Organizadores: Frederico A. PASCHOAL e José Fernando SIMÃO. Campinas: Millennium, 2004.
- PAZ, Enrique Martinez. *Freitas y su influencia sobre el Código Civil argentino*. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1927.
- PEREIRA, Antônio Dilson. União estável. *In: O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 29/jun./1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Campinas: Russel, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, amor e sexualidade. *In: A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PEREIRA, Vírgilio de Sá. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.
- PERES, Damião. **História de Portugal**. Porto: Portucalense, 1951, v. 1.
- PINTO, Antonio Joaquim de Gouvêa. **Tratado dos testamentos e sucessões**. Rio de Janeiro: Garnier, 1881.
- PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. *Traité pratique de droit civil français: successions*. Paris: LGDJ, 1956, t. 4.
- PLETSCH, Carmen de Fátima. União estável: o fim da união livre. *In: Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*. Toledo: Unipar, 1999, v. 2, n. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 8.
- _____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 55.
- PORTO, Mário Moacyr. Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, set./1983, v. 575.
- PORTUGAL. **Código Civil português**, 1º./jul./1867. 2. ed. Lisboa: Ferin, 1947.

- ____. **Constituição da República Portuguesa**, 25/abr./1974. In: <<http://www.parlamento.pt>>. Acesso em: 11/ago./2004.
- ____. **Decreto-Lei nº. 47.344**, 25/nov./1966 (Código Civil). Coimbra: Almedina, 1996.
- ____. **Ordenações Afonsinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ____. **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- ____. **Ordenações Manuelinas**. São Paulo: Saraiva, 1957-1966.
- RAMÍREZ, Jorge Ramírez. **Código Civil Paraguayo**. Assunção: El Foro, 1999.
- RAMOS, José Saulo Pereira. A “Lei Piranha” ou o fim do casamento à moda antiga. In: **Folha de São Paulo**, 21/mar./1995.
- REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do Código Civil. In: **Códigos Civis do Brasil: do Império à República** (em CD-rom). Brasília: Senado Federal, 2002.
- ____. O cônjuge no novo Código Civil. In: **O Estado de S. Paulo**, 12/abr./03.
- RODRIGUES, Coelho. **Projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília: Imprensa Nacional, 1980.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.
- ____. **Direito civil: direito de família**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 6.
- ____. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.
- ____. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978.
- SANTONJA, Vicente Luis Simó. **Derecho sucesorio comparado**. Madrid: Tecnos, 1968.
- ____. **Capacidad y regimenes matrimoniales de extranjeros**. Madrid: Tecnos, 1970.
- SANTOS, Joaquim Felício dos. **Projeto de Código Civil**. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1882.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Pontuações. In: **O Estado do Paraná**. Caderno Direito e Justiça. Curitiba, 11/maio/2003.
- ____. A sucessão dos companheiros no novo Código Civil. In: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 04/jun./2003.
- ____. A sucessão dos cônjuges no novo Código Civil. In: <<http://www.ibdfam.com.br>>. Acesso em: 10/mar./2004.
- SCHLÖSSER, Gustavo M.; COLLYER, Wesley S. Proporcionalidade na sucessão entre companheiros. In: <<http://www.incijur.com.br/informativos>>. Acesso em: 18/jan./2005.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVA, Antonio de Moraes. **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Empresa Literária, 1889, t. 2.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

- SILVEIRA, Alípio. **O casamento putativo no direito brasileiro**. São Paulo: Universitária de Direito, 1972.
- SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Garnier, [s.d.].
- SOUSA, Antonio Sergio. **Historia de Portugal**. Tradução: Juan Moneva y PUYOL. Barcelona: Labor, 1929.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das Leis Civis**. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1.
- _____. **Consolidação das Leis Civis**. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 2.
- _____. **Código Civil: esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**. 6. ed. Coimbra, 1991.
- TELLES, J. H. Corrêa. **Digesto Portuguez** Lisboa: Livraria Clássica, 1909, t. 2.
- TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 22. ed. Padova: CEDAM, 1977.
- URUGUAI. **Lei nº. 16.603**, 23/jan./1868. In: CD-Rom cedido pelo Professor Marcelo Leal de Lima Oliveira.
- VALLADÃO, Haroldo. **História do direito, especialmente do direito brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. In: **Família e cidadania – o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002.
- _____. Do direito sucessório dos companheiros. In: **Direito de família e o novo Código Civil**. Coordenadores: Maria Berenice DIAS e Rodrigo da Cunha PEREIRA. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In: **Temas atuais de direito e processo de família**. Coordenador: Cristiano Chaves de FARIAS. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.
- _____. **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2001, v. 6.
- _____. Os direitos sucessórios na união estável. In: **Jornal Valor Econômico**. Seção Legislação & Tributos, 19-21/abr./2002.
- WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *An introduction to german legal cultura*. In: EBKE, Werner F.; FINKIN, Matthew W. **Introduction to german law**. Boston: Kluwer Law, 1996.

ANEXO 1: TEIXEIRA DE FREITAS



Fonte: VALLADÃO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 137.

ANEXO 2: RECONQUISTA DA BAHIA APÓS A INVASÃO HOLANDESA



Fonte: SOUSA, Antonio Sergio de. *Op. cit.*, p. 137.

ANEXO 3: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA
ELABORADA PELA PROFESSORA GISELDA MARIA FERNANDES
NOVAES HIRONAKA

1. Supressão do art. 1790, alocando-se o companheiro, ao lado do cônjuge, na ordem da vocação hereditária apresentada pelo art.1829, em seu inciso III:

Art. 1829 – A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

[.....]

III – ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes;

[.....]

2. Alteração dos incisos I e II do art. 1829, para coadunar-se com a inserção do companheiro, ao lado do cônjuge, na situação jurídica de herdeiro elencado na própria ordem legal de vocação hereditária:

Art. 1829 – A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, desde que o regime de bens do casamento fosse o da comunhão parcial de bens, e desde que houvesse bens particulares do falecido, sobre os quais incidirá a referida concorrência; ou em concorrência com o companheiro sobrevivente, acerca dos bens que fossem exclusivos do falecido, não pertencentes ao acervo comum onerosamente adquirido na constância da união estável.

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobreviventes.

3. Alteração do art. 1.831, para acrescentar o companheiro, na previsão do direito de habitação:

Art. 1831 – Ao cônjuge sobrevivente, ou ao companheiro, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na

herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

4. Alteração do art. 1832, para coadunar-se com a inserção do companheiro, ao lado do cônjuge, na situação jurídica de herdeiro elencado na própria ordem legal de vocação hereditária:

Art. 1832 – Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes quinhão igual àquele que couber a cada qual dos herdeiros que sucederem por cabeça.

§ **único** – Se a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes se produzir exclusivamente em relação a herdeiros dos quais sejam ascendentes, ser-lhes-á deferida, ao menos, a quarta parte do acervo de bens sobre o qual incidir a referida concorrência.

5. Alteração do art. 1845, incluindo-se o companheiro na classe dos herdeiros necessários, harmonizando-se este dispositivo com todos os demais, analisados:

Art. 1845 – São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge ou o companheiro do falecido.

Fonte: Texto cedido pela autora.

ANEXO 4: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA
SUGERIDA PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE
FAMÍLIA - IBDFAM

PROJETO DE LEI Nº , DE 2004.

*Altera dispositivos do Código Civil, dispondo sobre
igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e
companheiros de união estável.*

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 544, 1.829, 1.830, 1.831, 1.832, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2003 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes importa adiantamento do que lhes cabe por herança. (NR)”

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os subrogados. (NR)”

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de fato.(NR)”

“Art. 1.831. Ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.(NR)”

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobrevivente parte igual àquela que couber a cada um dos herdeiros que sucederem por cabeça. (NR)”

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge ou ao companheiro tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (NR)”

“Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge ou companheiro sobrevivente.(NR)”

“Art. 1.839. Se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até terceiro grau.(NR)”

“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.(NR)”

“Art. 2003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuíam os bens doados.

Parágrafo único. Se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade. (NR)”

Art. 2º Revoga-se o art. 1.790 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

JUSTIFICATIVA

Esta proposta de Projeto de Lei nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega estudiosos e profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos (dentre outros, magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos).

A adaptação do Projeto do Código Civil às normas da Constituição Federal, notadamente quanto à qualificação como entidade familiar da união estável, intentada no Senado Federal, não se consumou, inteiramente, máxime no que concerne aos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, resultando em redação confusa, que tem atormentado os aplicadores do direito. Por força do art. 226 da Constituição Federal, não pode o legislador infraconstitucional tratar desigualmente o companheiro, em relação ao cônjuge, porque não há hierarquia entre eles na vocação hereditária e até porque a união estável não compete com a união conjugal.

Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça e de garantia da paz familiar. Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se

multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira.

Nos artigos 1.714, 1.720 e 1.722, ao contrário do que ocorreu com o enunciado genérico do art. 1.711, alusivo a “entidade familiar”, apenas referem os cônjuges.

A revogação do art. 1.790 é necessária, pois o companheiro já estará contemplado, em igualdade de condições, no art. 1.829, com a redação ora proposta.

A alteração ao art. 1.829, além de igualar em direitos o companheiro ao cônjuge, esclarece, em definitivo, quais os regimes de bens que admitem o instituto da concorrência com os descendentes, vencendo-se a confusa redação atual. Por outro lado, associando-se à redação proposta ao art. 1.832, haverá mais clareza quanto à porção patrimonial da herança que caberá quando ocorrer a concorrência.

A redação proposta ao art. 1.831 deixa expresso direito de habitação atribuído ao companheiro, em relação ao bem destinado à residência da família, que já tinha sido contemplado pela Lei nº 9.278/1996.

Brasília,

Fonte: Texto cedido pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
1. A ORIGEM DO DIREITO BRASILEIRO: O DIREITO PORTUGUÊS MEDIEVAL ..	10
1.1. ORIGEM DO DIREITO PORTUGUÊS.....	10
1.2. AS ORDENAÇÕES DO REINO.....	15
1.3. O CASAMENTO EM PORTUGAL.....	22
1.4. SUCESSÕES NAS ORDENAÇÕES AFONSINAS E MANUELINAS.....	24
1.5. SUCESSÕES NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS.....	26
1.6. DIREITO PORTUGUÊS POSTERIOR ÀS ORDENAÇÕES.....	29
1.7. CONCLUSÕES SOBRE O DIREITO PORTUGUÊS.....	31
2. O DIREITO PRÉ-CODIFICADO E AS TENTATIVAS DE CODIFICAÇÃO DO SÉCULO XIX.....	32
2.1. DIREITO LUSO-BRASILEIRO.....	32
2.2. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS DE TEIXEIRA DE FREITAS.....	36
2.3. ESBOÇO DE TEIXEIRA DE FREITAS.....	41
2.4. PROJETO DE NABUCO DE ARAÚJO.....	45
2.5. PROJETO DE FELÍCIO DOS SANTOS.....	49
2.6. PROJETO DE COELHO RODRIGUES.....	52
2.7. CONSOLIDAÇÃO DE CARLOS DE CARVALHO.....	55
2.8. O PROJETO BEVILÁQUA.....	57
2.9. CONCLUSÕES SOBRE O DIREITO BRASILEIRO NO SÉCULO XIX.....	61
3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DO SÉCULO XX.....	63
3.1. LEI FELICIANO PENA.....	63
3.2. O CÓDIGO DE 1916.....	64
3.3. A LEI DE PROTEÇÃO À FAMÍLIA.....	67
3.4. A LEI Nº. 883/49.....	68
3.5. O ESTATUTO DA MULHER CASADA.....	69
3.6. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	73

3.7.	A EMENDA Nº. 9/1977 E A LEI DO DIVÓRCIO.....	74
3.8.	A LEI Nº. 6.858/80.....	77
3.9.	CONCLUSÕES SOBRE O DIREITO BRASILEIRO DO SÉCULO XX.....	78
4.	AS TENTATIVAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL.....	80
4.1.	ANTEPROJETO DE 1941	80
4.2.	ANTEPROJETO DE ORLANDO GOMES.....	81
4.3.	PROJETO DE 1975	86
4.4.	CONCLUSÕES SOBRE AS TENTATIVAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL.....	88
5.	ESTADO ATUAL DA MATÉRIA: ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	89
5.1.	INOVAÇÃO.....	89
5.2.	CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES.....	93
5.3.	CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTES.....	98
5.4.	HERANÇA INTEGRAL.....	99
5.5.	DIREITO REAL DE HABITAÇÃO	106
5.6.	RESTRICÇÃO.....	110
5.7.	HERANÇA NECESSÁRIA.....	113
5.8.	ADMINISTRAÇÃO E INVENTARIANÇA.....	116
5.9.	CONCLUSÕES SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL.....	117
6.	A EVOLUÇÃO NO RECONHECIMENTO DO CONCUBINATO NO BRASIL.....	119
6.1.	EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	119
6.2.	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	124
6.3.	COMPETÊNCIA.....	131
6.4.	SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NAS LEIS NºS. 8.971/94 E 9.278/96.....	133
6.5.	A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	135
6.6.	ADMINISTRAÇÃO E INVENTARIANÇA AO COMPANHEIRO.....	148
6.7.	CONCLUSÕES SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO.....	150
7.	BREVE INCURSÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO: TENTATIVA DE EXTRAÇÃO DE TENDÊNCIAS MODERNAS PARA O TEMA	152

7.1.	DIREITO PORTUGUÊS.....	152
7.2.	DIREITO ESPANHOL.....	156
7.3.	DIREITO ITALIANO.....	161
7.4.	DIREITO FRANCÊS.....	170
7.5.	DIREITO ALEMÃO.....	177
7.6.	DIREITO MEXICANO.....	185
7.7.	DIREITO ARGENTINO.....	190
7.8.	DIREITO PARAGUAIO.....	199
7.9.	DIREITO URUGUAIO.....	202
7.10.	CONCLUSÃO SOBRE O DIREITO ESTRANGEIRO.....	205
8.	PROPOSTA LEGISLATIVA.....	207
8.1.	JUSTIFICATIVA.....	207
8.2.	PROJETO DE LEI.....	211
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	215
	ANEXO 1: TEIXEIRA DE FREITAS	226
	ANEXO 2: RECONQUISTA DA BAHIA APÓS A INVASÃO HOLANDESA.....	227
	ANEXO 3: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA ELABORADA PELA PROFESSORA GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA.....	228
	ANEXO 4: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA SUGERIDA PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM.....	230