

## Aspectos patrimoniais e éticos do direito sucessório

Maria Berenice Dias  
[www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br)  
[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)  
[www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)

Sumário: 1. A omissão; 2. Uma mudança; 3. Algumas intervenções; 4. Muitas incongruências; 5. Inúmeras inconstitucionalidades; 6. Um punhado de interrogações; 7. A única solução.

### 1. A omissão

O processo legislativo é mesmo muito demorado. Tanto que, muitas vezes, quando a lei chega, já está superada. Foi o que aconteceu com o Código Civil. O projeto inicial é da década de sessenta, ou seja, de meados do século passado! Desde lá um punhado de coisas se alteraram, principalmente a sociedade que a lei se dispõe a regular.

No âmbito da família, nem se fala. Mudou o seu formato de modo tão significativo que o próprio nome do direito que a regula se pluralizou. Agora se fala em Direito das Famílias.

Este alargamento do conceito de família teve início no momento em que se passou a admitir o casamento por amor e não mais por interesses de ordem econômica ou exigências sociais. E, assegurado o direito de buscar a felicidade, não mais se consegue engessar ninguém dentro de um casamento quando o amor já acabou.

A nova formatação da família levou à aprovação do divórcio e fez com que a Constituição Federal reconhecesse como entidade familiar merecedora da tutela do Estado não só o casamento, mas também os vínculos de convivência informais e as relações parentais. Com isso, o conceito de família afastou-se do âmbito da genitalidade, o que impõe a procura de novos referenciais para defini-la.

A todas essas mudanças manteve-se insensível o codificador. No afã de promulgar a nova lei, acabou por aprovar uma lei velha. É certo que foram feitos enxertos e alguns remendos, o que, no entanto, não foi o bastante para que o Código retratasse a realidade que estava a reclamar tutela.

A tentativa de preservar o patrimônio familiar sempre foi – e ainda é – muito acentuada. Tanto quem elabora a lei, como quem a aplica, não escondem a intenção de manter os bens no âmbito doméstico, sem atentar às consequências de tal postura. Não se vislumbra, nem no legislador, e nem no juiz, o mínimo constrangimento em comprometer a própria sobrevivência de quem possa ameaçar a integridade da família. Basta lembrar que os filhos chamados de ilegítimos não podiam ser reconhecidos. Somente lhes eram assegurados alimentos. Durante décadas as uniões extramatrimoniais foram identificadas como sociedades de fato, na qual os concubinos eram considerados sócios. O capital social amealhado durante o prazo de vigência

da sociedade – ou seja, o período da vida em comum – era dividido, na proporção do aporte econômico feito por cada um. Até hoje, há enorme resistência em admitir a existência das famílias paralelas ao casamento. A regra sempre foi: quem é considerado um intruso, a nada faz jus. Todos eram condenados à invisibilidade para manter a indivisão dos bens da família constituída pelos “sagrados” laços do matrimônio.

## **2. Uma mudança**

O modelo de família que inspirou o Código Civil foi o matrimonializado e a única preocupação diz com seus aspectos patrimoniais. Considerada como uma instituição constituída exclusivamente pelo casamento, nunca houve qualquer dificuldade em defini-la.

No entanto, as mudanças ocorridas acabaram com a crença de que a família tem três elementos estruturantes: casamento, sexo e procriação. Agora há família sem casamento, já que a união estável não depende da chancela estatal. Também a sexualidade não integra mais o seu conceito, basta atentar às famílias monoparentais. Ao depois, a procriação não decorre exclusivamente da prática sexual, em face do surgimento das modernas técnicas de reprodução assistida.

Assim, há que se procurar novos referenciais para identificar o que é família. A incansável busca para encontrar um conceito que retrate seus aspectos multifacetários levou o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família – a proclamar a afetividade como sua mais significativa característica.

Esta verdade foi acolhida pela Lei 11.340/06, a chamada Lei Maria da Penha. O inc. III do art. 5º define família como uma relação íntima de afeto. Ainda que se trate de legislação que visa a coibir e prevenir a violência doméstica, passou a existir um conceito legal da família. Como o sistema jurídico é único, os conceitos servem para todos os fins, não havendo como emprestar-lhes significado restrito à lei em que se encontram.

A visualização do afeto como pressuposto constitutivo da família trouxe reflexos inclusive no conceito de filiação. Deixou de ter prevalência a verdade genética. Surgiu toda uma nova linguagem: filiação socioafetiva, posse de estado de filho, estado de filho afetivo – expressões que passaram a servir de referencial para identificar os vínculos de parentalidade. Nada mais do que a valoração da teoria da aparência como elemento distintivo das relações familiares. Pai é quem age como tal: cria, embala, alimenta, e não quem se limita a participar do processo procriativo.

E, no momento em que surge um conceito legal de família tendo por tônica o vínculo de afetividade, impõem-se novos paradigmas para a identificação das responsabilidades de seus integrantes também na esfera patrimonial.

## **3. Algumas intervenções**

Diante do alargamento conceitual trazido pela Constituição, e tendo a afetividade passado a integrar o panorama legal, restou suprida a omissão do

Código Civil, que se limita a regular as questões patrimoniais do casamento. No mais, pouca coisa há na lei sobre a união estável e nada, absolutamente nada, é dito sobre a família monoparental, também reconhecida como entidade familiar.

A grande preocupação sempre foi com o casamento, ou melhor, com os aspectos de ordem econômica, quer antes de sua celebração, quer depois de sua dissolução. Daí o cardápio de regimes de bens especificados de forma tão minuciosa. Ainda assim, há a possibilidade de os noivos deliberarem sobre questões patrimoniais do modo que melhor lhes aprouver, via pacto pré-nupcial, não ficando presos aos modelos disponíveis (CC 1.640, parágrafo único). Igualmente é possível alterar o regime de bens, mesmo durante o casamento. Só que, de forma para lá de desarrazoada é necessário justificar judicialmente as razões da mudança (CC 1.639, §2º).

Quando do casamento, mantendo-se omissos os nubentes e nada decidindo sobre os bens, a lei impõe regime que tem nítido conteúdo ético: o da comunhão parcial, em que os bens particulares pertencem a seus titulares, somente se comunicando o que for amealhado durante o período da vida em comum (CC 1.640).

Porém, mesmo que haja a eleição do regime da comunhão universal ou da comunhão parcial, são impostas restrições descabidas e muitas vezes não desejadas pelo casal. Nestas duas modalidades os bens adquiridos durante o casamento, em face da presunção de ter havido esforço de ambos para sua aquisição, são bens comuns. Com isso concordaram os cônjuges ao elegerem tais regimes de bens. No entanto a lei impõe exceções absolutamente descabidas. Impede a comunicabilidade do salário e dos rendimentos decorrentes da atividade laboral, bem como dos livros e instrumentos de trabalho (CC 1.659, V e VI e 1.667, V). Ora, partindo do pressuposto de que as pessoas vivem com o fruto do seu trabalho, ditas exclusões acabam impondo o regime da separação de bens. O fato é que não dá para presumir que livros e instrumentos para o exercício da profissão foram adquiridos somente por quem os utiliza. Não é difícil imaginar o enorme sacrifício de ambos os cônjuges na compra do que é necessário para um deles desenvolver sua atividade profissional. Ou seja, nada justifica que tais bens permaneçam na titularidade exclusiva do usuário, sem haver a devida compensação em favor de quem contribuiu para sua aquisição.

#### **4. Muitas incongruências**

Quando da separação ou do divórcio a lei respeita – ainda que não de forma absoluta – a autonomia da vontade do casal. Mas, no âmbito do direito sucessório, há total afronta ao que foi deliberado pelos cônjuges, o que configura flagrante afronta ao princípio constitucional da liberdade.

Independente da vontade manifestada pelo par quando do casamento, sobre o destino dos bens, há um indevido intervencionismo do legislador. Acaba impondo a divisão do patrimônio de forma diversa do convencionado por ambos ao escolherem o regime de bens. A lei elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário, assegurando-lhe direito sucessório ainda que, por exemplo, tenha sido eleito o regime da separação convencional de bens (CC

1.829, I e 1.845). Ora, pelo regime da total incomunicabilidade patrimonial, não há como deferir a herança ao cônjuge sobrevivente na inexistência de descendentes ou ascendentes.

Outro grande pecado do Código Civil foi atrelar o direito sucessório ao regime de bens do casamento. O primeiro questionamento que surge é na hipótese de os cônjuges adotarem regime híbrido. Usando da faculdade legal, podem deliberar sobre seus bens da forma que melhor lhes aprouver, não se sujeitando a um ou a outro dos modelos legais (CC 1.639). Cabe figurar a hipótese de, por meio de pacto antenupcial, os cônjuges optarem por mais de um regime. Podem estipular que vigore o regime da separação até o nascimento do primeiro filho, quando o regime se converterá em comunhão parcial. Neste caso, não há como saber se existe ou não concorrência sucessória.

Mas há mais. O direito concorrente concede ao cônjuge e ao companheiro fração da herança assegurada aos herdeiros de primeiro e segundo grau. Com isso a lei os elevou à condição de herdeiros necessários quanto ao quinhão que disputam junto com descendentes ou ascendentes (CC 1.790 e 1.829). A conclusão é uma só: o direito de concorrência coloca cônjuges e companheiros como herdeiros necessários com relação à fração do patrimônio que recebem a este título. O número dos descendentes e a natureza do vínculo de parentesco deles com o cônjuge ou companheiro sobrevivente é que serve de parâmetro para quantificar o quanto cada um dos herdeiros necessários irá receber. Assim, a depender do regime de bens e não da vontade dos cônjuges, a lei transformou cônjuge e companheiro em herdeiros necessários sobre a parte da herança que recebem a título de direito de concorrência.

Não é só. Grande é a polêmica travada em sede doutrinária na identificação dos regimes de bens em que não existe tal vantagem. Como se trata da concessão de um direito, as exceções precisam ser expressas, pois não há como excluir direito por analogia. Deste modo, não existe direito concorrente somente no regime da comunhão universal de bens e no inconstitucional regime da separação obrigatória. Nos demais, por não excepcionados, há que se assegurar o direito. Portanto, o cônjuge tem direito a parte da herança dos herdeiros antecedentes no regime da participação final nos aquestos e no da separação convencional de bens.

Quanto ao regime da comunhão parcial, a polêmica é ainda mais acirrada, em face da péssima redação do inc. I do art. 1.829 do Código Civil. De qualquer modo, tem vingado o entendimento de que ao cônjuge sobrevivente é assegurada fração dos bens particulares do falecido a título de concorrência sucessória.

Dita interpretação, ainda que descabida, é a prevalente. Descabida porque acaba por conferir bens a quem não ajudou a construir o patrimônio, o que gera enriquecimento sem causa. Ao depois, esta concepção se afasta do critério adotado na união estável em que o mesmo direito – de forma bem mais coerente – é calculado sobre os bens amealhados durante a união, partindo da presunção de que participaram ambos na sua formação (CC 1.790).

## **5. Inúmeras inconstitucionalidades**

Em face da estrutura atual da família, a transformação de cônjuges e companheiros em herdeiros concorrentes está em absoluta dissonância com modernas formas de conjugalidade. De modo cada vez mais frequente, as pessoas migram de um relacionamento a outro, tendo filhos dos vínculos anteriores e filhos das novas uniões. Tais formações familiares acabam colocando a prole em conflito com os novos parceiros dos pais, pois sabem que serão alijados de parte do patrimônio que não mais retornará a eles. Assim, quem tem bens e filhos, se vier a casar, parte do seu patrimônio individual, passará às mãos do novo cônjuge. E, quando do seu falecimento, os bens não retornam aos descendentes do seu titular. Só um exemplo basta para flagrar a incongruência. Se alguém que tem filhos vem a casar, na hipótese de herdar a fazenda da sua família, parte de tal patrimônio não será transmitida aos seus descendentes. Ficará para o viúvo a título de direito concorrente por ser bem particular. E, quando ele falecer, nem assim, a parte recebida retornará aos herdeiros do proprietário do imóvel.

Este não foi o único desastroso equívoco do legislador. A desiquiparação de tratamento entre casamento e união estável escancara flagrante inconstitucionalidade. As duas formas de entidade familiar gozam das mesmas prerrogativas, nada justificando conferir ao cônjuge a condição de herdeiro necessário e ao companheiro não (CC 1.845). Igualmente inaceitável que o cônjuge figure na terceira posição na ordem de vocação hereditária e o companheiro em último lugar, depois dos parentes colaterais de quarto grau (CC 1.790 e 1.829). Recebe a herança somente na hipótese de o parceiro não tinha parente algum. Em sede de direito de concorrência, a diferença de tratamento também não tem qualquer explicação. Como na união estável vigora o regime da comunhão parcial, descabido contemplar o cônjuge com parte dos bens particulares e o companheiro com parcela dos bens comuns. Da forma como está, o companheiro faz jus a somente um terço dos bens comuns, o restante, ou seja, dois terços dos bens adquiridos na constância da união e a integralidade dos bens particulares são entregues, por exemplo, a um primo, sobrinho-neto ou um tio-avô do companheiro falecido.

## **6. Um punhado de interrogações**

A concessão de herança a cônjuges e companheiros, a título de direito de concorrência, os eleva à condição de herdeiros necessários, em pé de igualdade com os descendentes e ascendentes. Como este direito lhes é assegurado por lei, o que recebem a este título trata-se de sucessão legítima. Deste modo, a fração da herança a que fazem jus cônjuges e companheiros, como herdeiros concorrentes, se submete às mesmas vicissitudes e iguais prerrogativas a que está sujeito o quinhão dos herdeiros necessários.

E, já que cônjuge e companheiro são herdeiros necessários, as doações feitas a favor deles configuram adiantamento não de legítima, mas de direito concorrente. Logo, o que receberem por doação precisa ser trazido à colação (CC 2.002). Somente quando expressamente a doação é da parte disponível ocorre partilha em vida, restando dispensada a conferência por ocasião da abertura da sucessão (CC 2.018).

De outro lado, cônjuge e companheiro podem ser deserdados, bem como há a possibilidade de serem declarados indignos, sujeitando-se a perder a fração dos bens recebidos (CC 1.814 e 1.961). Tais punições impostas aos herdeiros necessários se estendem aos herdeiros concorrentes.

Já que o direito de concorrência se trata de herança, nada impede que o titular do patrimônio imponha as cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade, contanto que justifique tais limitações (CC 1.848 e 1.911). São restrições que, por atingirem herdeiros necessários, podem limitar os herdeiros concorrentes.

Além de todas essas peculiaridades, um dos pontos mais nevrálgicos diz com a identificação do acervo a servir de base para o cálculo do quinhão a ser recebido a título de direito concorrential.

É preciso alertar que a parte a ser atribuída a título de direito concorrente não é uma fração do quinhão do herdeiro. Admitindo-se a solução preconizada maciçamente pela doutrina – e que vem recebendo a chancela do judiciário – quando o falecido era casado pelo regime da comunhão parcial de bens, o direito do cônjuge sobrevivente é calculado sobre os bens particulares (CC 1.829, I). Assim, quando da morte do titular, primeiro é preciso identificar os bens comuns e os bens particulares. Dos bens comuns mister excluir a meação do viúvo, que não integra a herança. O acervo sucessório se constituiu da meação do falecido somada aos seus bens particulares. Depois, é necessário somar os bens trazidos à colação e que foram recebidos pelos herdeiros a título de adiantamento de legítima. Com relação a estes, também é preciso saber sua origem, se bens comuns ou exclusivos do doador. Quantificados os bens particulares, sobre esses é calculada a fração a que faz jus o cônjuge a título de concorrência sucessória. Do que sobrar de tal operação, somam-se os bens comuns para só então proceder-se à divisão da herança entre os herdeiros necessários.

Não é muito diferente o iter a percorrer quando o falecido vivia em união estável. O que facilita é que a fração do companheiro é calculada sobre os bens comuns e não sobre os particulares.

Mas não são exclusivamente estes os complicados cálculos que precisam ser feitos. A presença de filhos comuns e de filhos exclusivos do *de cuius* – a chamada filiação híbrida – exige a aplicação de fórmulas matemáticas das mais complexas, tanto para quantificar a quota mínima do viúvo como para calcular a fração do companheiro sobrevivente.

## **7. A única solução**

Às claras que o legislador, ao aprovar às pressas o Código Civil, para se ver immortalizado como codificador, não tinha ideia do que estava previsto e jamais imaginou todas as dificuldades e os desdobramentos que alguns institutos poderiam trazer. Sequer tinha consciência das perversas injustiças que sua aplicação poderia gerar, e que repugnam ao bom senso de qualquer pessoa.

Deste modo, quando a lei não dispõe de conteúdo ético e nem referendo lógico, não há como ser aplicada. A única solução é ter os

dispositivos como não escritos, na esperança de que sejam derogados por falta de uso.

A quem tem o dever de aplicar a lei é que cabe o controle da sua efetividade. A Justiça não pode chancelar regras legais absolutamente divorciadas da realidade e cuja incidência é despida de qualquer fundamento jurídico.

Só é preciso coragem para fazer Justiça.