

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**VOCAÇÃO HEREDITÁRIA: CONCORRÊNCIA ENTRE O CÔNJUGE E OS  
DESCENDENTES DO *DE CUJUS*.**

**RENATO MACEDO BIONE DA SILVA**

Rio de Janeiro

2008

RENATO MACEDO BIONE DA SILVA

**VOCAÇÃO HEREDITÁRIA: CONCORRÊNCIA ENTRE O CÔNJUGE E OS  
DESCENDENTES DO *DE CUJUS*.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências do Direito.

ORIENTADORA: Prof<sup>ª</sup> ANGÉLICA TERESA PEREIRA

Rio de Janeiro

2008

RENATO MACEDO BIONE DA SILVA

VOCAÇÃO HEREDITÁRIA: CONCORRÊNCIA ENTRE O CÔNJUGE E OS  
DESCENDENTES DO *DE CUJUS*.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Angélica Teresa Pereira – Presidente da Banca Examinadora  
Prof<sup>ª</sup>. Faculdade Nacional de Direito / UFRJ – Orientador(a)

---

Sônia Barroso B. Soares  
Prof<sup>ª</sup>. Faculdade Nacional de Direito / UFRJ

Dedico este trabalho a todos que, de forma direta ou indireta, vêm contribuindo para a minha contínua busca do saber. Em especial à minha esposa, pelo carinho e total incentivo à realização deste trabalho.

## RESUMO

SILVA, Renato Macedo Bione da. *Vocação hereditária: concorrência entre o cônjuge e os descendentes do de cujus*. 2008. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O Código Civil brasileiro de 2.002 ampliou o direito sucessório do cônjuge supérstite ao estabelecer que ele concorrerá com os descendentes e com os ascendentes, além de ter direito à totalidade da herança na falta desses parentes em linha reta do falecido, desde que preenchidos os requisitos legais. Entretanto, o legislador condicionou a concorrência do cônjuge com os descendentes, ao regime de bens pelo qual eram casados, em uma redação de difícil leitura, o que deu ensejo às mais variadas interpretações, muitas vezes, e, em relação à legislação anterior, piorando a situação do cônjuge quando do óbito de seu consorte. Logo, buscar-se-á a análise dos institutos básicos da sucessão e vocação hereditária, bem como as situações de concorrência do cônjuge com os herdeiros descendentes ou ascendentes do *de cujus*. Como se trata de um instituto novo, diversos questionamentos pairam na comunidade jurídica que serão apresentados juntamente com suas justificativas, trazendo uma interpretação mais fidedigna da exegese do inciso I do art. 1.829 do Código Civil de 2.002.

Palavras-Chave: Sucessão; Vocação Hereditária; Concorrência; Exegese.

## RESUMEN

SILVA, Renato Macedo Bione da. *Vocação hereditária: concorrência entre o cônjuge e os descendentes do de cujus*. 2008. 68 f. Monografía (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

El código civil brasileiro del 2002 amplió el derecho sucesorio del conyugue supervivientes al establecer que concurrirá con los descendentes y con los ascendentes por tener derecho a la totalidad de la heranza en la falta de pariente en línea recta del fallecido, desde que son escogidos los requisitos legales. Por tal motivo el legislador condiciono la concurrencia del conyugue con los descendentes al régimen de bienes por el cual eran casados, en una relación de difícil lectura, el que enseñó a la mas variada interpretaciones, muchas veces, en relación a la legislación anterior, priorizando la situación del conyugue con los heridos descendentes o el ascendente del conyugue, como se trata de un instituto nuevo, diversos cuestionamientos se amparan en la comunidad jurídica que serán presentados con sus justificativas, produciendo una interpretación mas fidedigna de la exigencia del enseñó I del artículo 1.829 del código civil del 2002.

Palabras-Llave: sucesión, herencia, competencia; exégesis.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Divisão do acervo hereditário sob o regime de comunhão universal de bens .....	47
Figura 2 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da separação obrigatória de bens .....	48
Figura 3 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da separação voluntária de bens.....	49
Figura 4 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da comunhão parcial não existindo bens particulares do <i>de cuius</i> .....	51
Figura 5 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da comunhão parcial existindo bens particulares do <i>de cuius</i> .....	54
Figura 6 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da participação final nos aqüestos.....	56

## LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil de 2.002
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
STF	Superior Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2. REGIME DE BENS</b> .....	15
<b>2.1. Definição</b> .....	15
<b>2.2. Princípios Gerais</b> .....	17
<b>2.3. Regime da Comunhão Universal de Bens</b> .....	17
<b>2.4. Regime da Separação de Bens</b> .....	18
<b>2.5. Regime da Comunhão Parcial de Bens</b> .....	20
<b>2.6. Regime de Participação Final nos Aquestos</b> .....	22
<b>3. SUCESSÃO HEREDITÁRIA</b> .....	24
<b>3.1. Histórico da participação do cônjuge na herança de seu falecido consorte</b> .....	24
<b>3.2. Definição</b> .....	25
<b>3.3. Herança</b> .....	27
3.3.1. <u>Meação do cônjuge supérstite</u> .....	28
<b>3.4. Tipos de Sucessão</b> .....	29
3.4.1. <u>Sucessão singular e universal</u> .....	29
3.4.2. <u>Sucessão legítima e testamentária</u> .....	30
<b>3.5. Abertura da sucessão. O princípio da <i>saisine</i></b> .....	30
<b>3.6. Aceitação da Herança – Renúncia</b> .....	32
3.6.1. <u>Aceitação sob benefício de inventário</u> .....	33
3.6.2. <u>Renúncia à herança</u> .....	34
<b>4. A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA</b> .....	36
<b>4.1. Definição</b> .....	36
<b>4.2. Da Origem Histórica da Vocação Hereditária</b> .....	37
<b>4.3. Da Ordem de Vocação Hereditária</b> .....	37
3.1. <u>Sucessão dos descendentes</u> .....	38
3.2. <u>Sucessão dos ascendentes</u> .....	39
3.3. <u>Sucessão do cônjuge supérstite</u> .....	40
3.3.1. <i>Sucessão dos companheiros</i> .....	41
3.4. <u>Sucessão dos colaterais</u> .....	43
3.5. <u>Inexistência de parentes sucessíveis</u> .....	45
<b>5. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS DESCENDENTES</b> ..	46
<b>5.1. Da concorrência sob o Regime da Comunhão Universal de Bens</b> .....	46

<b>5.2. Da concorrência sob o Regime da Separação de Bens .....</b>	<b>47</b>
<b>5.3. Da concorrência sob o Regime de Comunhão Parcial de Bens .....</b>	<b>50</b>
<b>5.4. Da concorrência sob o Regime de Participação Final nos Aquestos.....</b>	<b>55</b>
<b>5.5. Reserva mínima. Filhos comuns e filhos apenas do falecido .....</b>	<b>57</b>
<b>5.6. Direito sucessório do cônjuge. Separação de fato .....</b>	<b>58</b>
<b>6. CONCLUSÃO.....</b>	<b>60</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>64</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Durante todo o transcorrer de sua história, cujos primeiros registros remontam da Antiguidade Clássica, o homem se preocupou com seu destino após a morte. Qualquer que seja a civilização analisada, sempre se buscou a idéia de continuação da pessoa falecida na pessoa de seu sucessor universal, mormente com um cunho extrapatrimonial.

Com o desenvolvimento das sociedades modernas e, conseqüentemente, a evolução de seus respectivos ordenamentos jurídicos, esta linha de pensamento se alterou, buscando-se o cunho patrimonial da sucessão *causa mortis*, ou seja, o sucessor prossegue nas relações jurídicas estabelecidas em vida pelo *de cuius*. Tal mudança foi em grande parte influenciado pela vontade coletiva, haja vista que o Estado possui inegável interesse que o patrimônio do falecido não reste sem titular, o que lhe traria certamente um ônus a mais, além de proteger a unidade familiar – já que se trata de seu pilar básico – e ordenar a economia.

Neste ínterim, o direito das sucessões foi regulado em nosso país no século passado pelo Código Civil de 1916, que vigeu até a entrada em vigor do atual ordenamento. Em seu bojo, este texto histórico estabelecia as regras de sucessão, elencando os herdeiros necessários de uma sucessão *causa mortis*. Assim, os herdeiros necessários, eram apenas, os descendentes e os ascendentes. Cônjuge e colaterais (irmãos, tios sobrinhos, primos, tio-avô e sobrinho-neto) eram herdeiros legítimos, mas não necessários.

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02, que instituiu o novo Código Civil (CC), foram introduzidas diversas alterações no ordenamento jurídico pátrio, sendo boa parte delas propostas para se adequar a matéria civilista aos recentes e inovadores institutos constantes na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1.988.

Na seara sucessória, especificamente, a nova concepção de família, que tem como valor modular a afetividade, traz importantes conseqüências. Neste sentido, o atual Código Civil inovou na ordem de vocação hereditária, que, seguindo uma tendência universal dos povos ocidentais, elegeu o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário juntamente com os descendentes e ascendentes falecido.

Além disso, em seu art. 1.829, trouxe importante inovação ao ordenamento jurídico pátrio, ao prever a concorrência sucessória, em propriedade plena, entre o cônjuge supérstite e os descendentes ou os ascendentes do autor da herança, colocando o cônjuge na mesma condição de herdeiro necessário, ostentada pelos demais herdeiros com que venha a concorrer na sucessão do falecido.

Contudo, o legislador associou a possibilidade de concorrência com os descendentes ao regime de bens que regulou a comunhão do casal, criando um sistema inexistente em legislações estrangeiras. Soma-se ainda a complexidade da redação do texto legal que regula este direito sucessório permitindo-se interpretações dúbias em virtude da pontuação empregada.

Assim sendo, buscar-se-á no bojo do presente estudo a real intenção do legislador ordinário. Destarte, faz-se necessário à análise dos regimes de bens instituídos no novel código civilista, que será abordado no capítulo dois. Esta apreciação acerca do instituto é de fundamental importância, haja vista que a possibilidade de concorrência decorre do regime de bens segundo o qual o casal era casado. Pelo regime de bens regulador da comunhão, pode-se identificar a destinação dos bens particulares de cada consorte e dos adquiridos na constância do casamento após a dissolução da sociedade conjugal, seja por ato *inter vivos* (divórcio) ou por *mortis causa*.

Após a análise dos regimes de bens regulados pelo Código Civil de 2.002 passa-se a apreciação dos aspectos gerais da matéria sucessória no capítulo três. Traçar-se-á também alguns lineamentos históricos, demonstrando a evolução do cônjuge sobrevivente no direito pátrio para que seja possível compreender os fatos que conduziram a legislação ao estado em que atualmente se encontra.

Distinguir-se-á, ainda, o instituto da meação, imprescindível para a identificação do objeto de estudo, qual seja, a herança do consorte falecido. Serão tratados também neste capítulo temas relativos à herança, tais como a aceitação e a renúncia, além dos tipos de sucessão permitidos no ordenamento jurídico pátrio que terão influência direta sobre os bens que serão herdados.

A vocação hereditária será, enfim, tratada no capítulo quatro, onde serão apresentadas as origens históricas da ordem de vocação hereditária. De igual maneira será abordada a nova ordem estabelecida pelo Código Civil de 2.002 em seu art. 1.603 que estabelece as pessoas aptas a herdar e as classes onde é feita a hierarquização hereditária. Logo, serão traçados lineamentos acerca da sucessão dos descendentes, ascendentes, do cônjuge supérstite, do companheiro e dos colaterais. Serão tecidos, ainda, alguns comentários sobre a inexistência de partes sucessíveis, quando o acervo hereditário é destinado aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Por fim, o instituto da concorrência será abordado no capítulo cinco. A concorrência com os ascendentes, introduzida no inciso II do art. 1.829, regulou o tema de forma bastante clara, inexistindo controvérsias em relação a sua aplicabilidade nos casos concretos. Nestes

casos, a concorrência independe do regime de bens escolhidos pelos nubentes quando do matrimônio, no que andou bem o legislador.

Entretanto, o mesmo não se observou com relação à concorrência com os descendentes. A redação truncada do inciso I do art. 1.829 ensejou nos últimos anos o surgimento de interpretações diversas e contraditórias no seio da jurisprudência e da doutrina, ora privilegiando o viúvo, ora beneficiando os descendentes.

Os argumentos citados por inúmeros autores apontam que as divergências mostram-se mais intensas quando da possibilidade de concorrência do cônjuge supérstite quando este era casado pelo regime de comunhão parcial de bens com o falecido, em que a existência ou não de bens particulares do *de cuius* determinará se haverá ou não a concorrência.

Segundo o texto legal supramencionado, o regime de bens que regulou a comunhão do casal determinará a destinação da herança do falecido quando existirem descendentes. Tal sistemática tem por objetivo maior permitir que o viúvo herde em concorrência com estes quando sua meação é inexistente ou ínfima frente à herança, garantindo-se a este a possibilidade de sobrevivência de forma digna, segundo os ditames do art. 5º da CRFB. Esta é o que parece a real intenção do legislador quando da edição do Código Civil de 2.002. A conclusão deriva do aumento gradativo da proteção ao cônjuge supérstite no decorrer do século passado, quando foram editadas diversas leis extravagantes que concederam maiores direitos ao consorte que permanece.

Seguindo esta linha de pensamento, quando o regime garantir bens suficientes ao cônjuge a título de meação, tais como os regimes da comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial de bens – este quando inexistirem bens particulares do defunto – não haverá a concorrência.

De forma análoga, os regimes de separação convencional de bens, de participação final nos aqüestos e de comunhão parcial de bens, quando existirem bens particulares do falecido permitem a concorrência. Nestes casos, depreende-se que a meação do viúvo é insuficiente para prover as necessidades básicas da pessoa humana. Aliás, não haveria quaisquer prejuízo para os descendentes, pois, parte-se do pressuposto que o falecimento do ascendente será anterior ao destes, momento em que serão novamente contemplados com os bens em questão, além, por óbvio, daquilo que havia sido recebido a título de meação pelo cônjuge.

Como será exposto, a vinculação entre a meação e o direito de suceder do cônjuge não é adequada, pois permite, via de regra, partilhas extremamente gravosas para o viúvo e que

certamente vão de encontro à *intentio legis*, que privilegia a instituição família, incentivando de todas as formas possíveis a conversão da união estável em casamento.

A margem de todo este imbróglio criado pelo legislador ordinário, surgem outras questões que polemizam ainda mais o tema. Uma delas refere-se sobre qual acervo hereditário o cônjuge concorrerá. Com a omissão do texto legal acerca da matéria, surgiram diversos posicionamentos de proeminentes autores que serão apresentados, aceitando-se a concorrência sobre a totalidade da herança ou apenas sobre os bens particulares deixados pelo falecido. Como se nota, a adoção de um ou outro entendimento pelos nossos tribunais terão conseqüências extremamente gravosas para o consorte sobrevivente.

Outra questão controvertida na seara da concorrência diz respeito a reserva da quarta parte da herança quando o consorte sobrevivente concorre com os descendentes comuns. Neste caso, segundo norma estabelecida pelo art. 1.832 do Código Civil, fará jus à reserva mínima de um quarto do acervo, quando concorrer com descendentes que sejam comuns aos consortes, hipótese em que se enquadrará a maioria dos casos, diante da tradicional formação da família, normalmente composta pelo casal e filhos oriundos da referida união.

Contudo, não há dúvidas de que haverá a real possibilidade de serem chamados, simultaneamente, o cônjuge sobrevivente, descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cuius*, para a sucessão. Neste caso, já que a lei não dá solução expressa sobre como se deve proceder à divisão da herança, se faz necessária a análise dos diversos princípios constitucionais que impedem a discriminação dos filhos não oriundos da sociedade conjugal, em especial o valor da afetividade, para a solução da aparente confusão interpretativa, causada pela técnica legislativa falha.

Assim sendo, o presente trabalho terá o escopo de mostrar as várias exegeses possíveis sobre a matéria. No transcorrer dos capítulos supramencionados serão apresentados entendimentos firmados por proeminentes juristas brasileiros para que, a partir da confrontação de suas posições, possa ser destacada a interpretação que melhor se coaduna com a *intentio legis* e com os princípios constitucionais. Serão também expostas decisões de diversas turmas de tribunais superiores para que se possa demonstrar que a matéria não é pacífica em na jurisprudência.

Enfim, focalizar-se-á todo o arcabouço jurídico brasileiro a fim de se possa obter a interpretação sobre o tema que melhor corresponda aos anseios e ao desenvolvimento sócio-econômico da sociedade brasileira. Nunca é suficiente salientar que a função do presente trabalho não é apresentar uma verdade incontestável. Nem se pode dizer que a solução

encontrada seja ao certo a mais adequada, o que se espera aqui é contribuir para o desenvolvimento de um Direito mais justo.

## 2. REGIME DE BENS

O novo Código Civil incorporou ao ordenamento jurídico pátrio uma nova sistemática no que se refere ao direito sucessório do cônjuge supérstite, que não encontra nenhum paralelo nas demais legislações estrangeiras. Por intermédio do instituto da concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cuius*, o legislador ordinário buscou prestar maior proteção, garantindo bens além da meação que já fazia jus.

Assim, estampou tal direito protetivo no art. 1.890 do novel estatuto civil, elegendo regimes de bens específicos que viabilizam a concorrência. Destarte, torna-se imprescindível que no início do presente estudo sejam feitas algumas considerações acerca do instituto, embora o mesmo seja disciplinado pelo Direito de Família.

### 2.1. Definição

O casamento gera a comunicabilidade dos bens em face da presunção de que houve conjugação de esforços para sua aquisição. Inobstante tal possa não ser verdadeiro, ou seja, mesmo que não tenha havido a participação de ambos, ainda assim se instala o estado condominial.

Logo, o regime de bens é o instituto que determina a comunicação ou não do patrimônio do casal após a realização do casamento. Portanto, trata-se do sistema jurídico responsável pelas relações patrimoniais dos nubentes após a celebração do casamento. Por ele serão estabelecidas a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos enquanto perdurar a sociedade conjugal.

Maria Helena Diniz assim conceitua o regime de bens:

O regime matrimonial de bens é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial dos consortes<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 145.



O regime de bens, então, pode ser visto como uma consequência jurídica do casamento, que se viabiliza com o pacto antenupcial. Para que este não padeça de nulidade, deverá ser formalizado de forma solene, por meio de escritura pública e condicionado à realização do matrimônio (CC, art. 1.653). Ocorrendo a não realização das núpcias, o pacto se verá sem a sua respectiva eficácia jurídica, ainda que formalmente válido, tendo em vista não se tratar, na espécie, de negócio nulo e sim de ato jurídico inexistente.

Válidos são os ensinamentos de Venosa acerca do tema:

A denominação ato inexistente é, sem dúvida, ambígua e contraditória, pois o que não existe não pode ser considerado ato. Contudo, o que se pretende exprimir com a denominação é que, embora existente porque possui aparência material, o ato não possui conteúdo jurídico. Na verdade, o ato ou negócio não se formou para o Direito<sup>2</sup>.

Pontes de Miranda assevera que o casamento inexistente é :

pura materialidade de fato, sem nenhuma significação jurídica, ao contrário do ato nulo, que teve sua vida jurídica, embora viciado, mas que pode ser revalidado, ou conservar a sua existência, inicialmente precária, por se não ter requerido nunca a nulidade, ainda que insanável o vício<sup>3</sup>.

O atual código civil estabelece como regra geral a possibilidade dos nubentes escolherem o regime de bens que vigorará em sua união conjugal. Entretanto, como o casamento não pode subsistir sem um regime de bens, faz necessário o estabelecimento do regime legal pelo Estado, suprindo a manifestação de vontade do casal. Desta forma, não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto ao regime de bens entre os cônjuges, o regime legal da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.640).

Tal escolha legislativa tem o condão de preservar o patrimônio de cada cônjuge, já existente antes da união conjugal, admitindo-se a comunicação apenas dos bens amealhados na vigência da relação conjugal como fruto do trabalho e esforço comum do marido e da mulher. Divide-se, portanto, entre os cônjuges o produto econômico de sua sociedade nupcial, sem misturar riquezas oriundas de suas famílias de origem e que não tiveram o menor concurso do consorte na construção do patrimônio.

Anteriormente, o Código Civil de 1.916 estipulava quatro regimes de bens, a saber: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação de bens e dotal. Com a vigência do Código Civil de 2.002 foram disciplinados os seguintes regimes, a saber:

- (a) Comunhão universal de bens;
- (b) Separação de bens;
- (c) Comunhão parcial de bens; e

<sup>2</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 100.

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3ª Edição. São Paulo: Max Limonad., 1947. p. 295.

(d) Participação final nos aquestos.

Como se observa, suprimiu-se o regime dotal existente no Código Civil de 1.916, totalmente em desuso na atualidade. Outrossim, incluiu-se um novo regime de bens, o da participação final nos aquestos.

## **2.2. Princípios Gerais**

A legislação civil brasileira adotou três princípios fundamentais que norteiam o regime matrimonial: variedade de regimes, liberdade na fixação dos pactos antenupciais e mutabilidade justificada do regime de bens adotado.

O novo Código Civil adota o princípio relativo à variedade dos regimes. Assim, o ordenamento não somente contempla modelos específicos ou típicos, como permite aos nubentes estipular a respeito o que lhes aprouver, salvo os casos especiais.

O princípio da liberdade dos pactos antenupciais permite aos nubentes a livre escolha do regime que lhes convier, para regulamentar os interesses econômicos decorrentes do ato nupcial, podendo os nubentes escolher entre os regimes legais ou podem combiná-los formando um regime misto ou especial, sendo-lhes lícito, ainda, estipular cláusulas, desde que respeitados os princípios de ordem pública, os fins e a natureza do matrimônio.

Por fim, o princípio da mutabilidade justificada do regime de bens encontra-se estampado no §2º do art. 1.639 do novo código civil. Por ele, permite-se a alteração do regime de bens no curso do casamento, desde que autorizada judicialmente em pedido motivado de ambos os cônjuges, comprovando-se as razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

## **2.3. Regime da Comunhão Universal de Bens**

O regime da comunhão universal de bens era o regime legal do Código Civil de 1.916, sendo tal regra alterada pelo advento da Lei nº 6.515, de 26 de setembro de 1.977, denominada como Lei do Divórcio.

Conforme o art. 1.667 do novo Código Civil: “o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”.

Assim sendo, importa na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, promovendo a confusão de seus bens, excluindo apenas os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade, as dívidas anteriores ao casamento, as doações antenupeciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade, os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões ou rendas semelhantes.

A administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges. Se forem contraídas dívidas no exercício da administração, essas serão salgadas por intermédio do patrimônio comum e particular do cônjuge administrador e com o patrimônio do outro na proporção do proveito que houver auferido. Já se forem contraídas dívidas na administração dos bens particulares e em benefícios destes, não haverá vinculação dos bens comuns.

No regime de comunhão universal de bens a anuência de ambos os cônjuges é necessária para todos os atos que, a título gratuito, impliquem cessão do uso e gozo dos bens comuns.

Com a dissolução da sociedade conjugal, cabe ao casal efetuar a divisão do ativo e do passivo, visando com isso a cessação de responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro (CC, art. 1.671). Considerando-se que a norma se refere expressamente aos credores do outro, entende-se que o crédito foi concedido a apenas este, não tendo havido intervenção do outro cônjuge no negócio. Caso o outro cônjuge também tenha participado do negócio jurídico, estarão ambos os cônjuges vinculados à obrigação, garantindo seu pagamento por intermédio de seus bens particulares identificados após a extinção do vínculo.

## **2.4. Regime da Separação de Bens**

Neste regime, os patrimônios dos nubentes não se comunicam, seja por convenção entre as partes, seja por imposição legal. Estes permanecem sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges que poderá livremente alienar ou gravar de ônus real os bens.

Em apertada síntese, os cônjuges permanecerão com seu patrimônio próprio durante o casamento e em ocorrendo a dissolução deste, cada um terá direito tanto àquilo de que já era

detentor antes de casar como ao que adquiriu exclusivamente em seu nome na constância do casamento.

Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (CC, art. 1.688).

Existe a distinção entre o regime da separação convencional de bens e o da separação obrigatória (legal) de bens. O regime da separação obrigatória de bens decorre da vontade da lei nas hipóteses previstas no ordenamento, *in verbis*:

Art. 1.641 - É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- II - da pessoa maior de sessenta anos;
- III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Já na separação convencional, os nubentes estipulam livremente em contrato anterior à celebração do casamento o que melhor lhes convém quanto aos seus bens por intermédio do pacto antenupcial.

Vale ressaltar a discrepância introduzida ao instituto pela súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) ao estatuir que “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. O trecho de acórdão transcrito bem expressa o conceito estampado na supracitada súmula:

A convivência gera uma participação comum para a manutenção da vida familiar, admitindo-se, assim, que o esforço comum não fique concentrado na mera contribuição econômica, sendo suficiente a existência de contribuição indireta, própria da vida de casado, tal e qual construiu a jurisprudência no caso das antigas sociedades de fato, hoje, sob o regime da união estável<sup>4</sup>.

Porém, não existe consenso na jurisprudência acerca deste entendimento. Como se pode observar na ementa abaixo transcrita, a 4ª Turma do STJ entende que somente se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento quando for comprovado que o foram mediante esforço comum do casal:

Direito de família. Regime da separação legal de bens. Aquestos. Esforço comum. Comunicabilidade. Súmula STF, Enunciado n. 377. Correntes. Código Civil, arts. 258/259. Recurso inacolhido. I - em se tratando de regime de separação obrigatória (Código Civil, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na Constancia do casamento pelo esforço comum. II - o enunciado n. 377 da súmula STF deve restringir-se aos aquestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa a evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa. III - no âmbito do recurso especial não e admissível à

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Casamento. Separação obrigatória. Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte. 1. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma. 2. Recurso especial não conhecido. REsp nº 206840/RS. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF. 15-2-2001.

apreciação da matéria fática estabelecida nas instancias locais. (STJ - REsp 9.938/SP, 09-6-1992, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Em sentido contrário a posição da 3ª Turma do STJ exibida na ementa abaixo, que considera a comunicação de todos os bens adquiridos, não importando se foi fruto do esforço comum:

Casamento - Regime de bens - Separação legal - Súmula 377 do STF. Quando a separação de bens resulta apenas de imposição legal, comunicam-se os aqüestos, não importando que hajam sido ou não adquiridos com o esforço comum. (STJ - REsp 1.615/GO, 13-2-1990, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Percebe-se que a edição de tal súmula contraria a *intentio legis* e o real significado do instituto, pois seu objetivo é exatamente separar o patrimônio dos consortes, principalmente quando os próprios nubentes o estipulam. *Data venia*, o melhor entendimento acerca do tema é aquele que censura a amplitude da súmula nº 377 emanada pelo STF. Assim leciona Venosa sobre a matéria:

A jurisprudência, no entanto, buscou abrandar iniquidades em casos concretos trazidos pelo texto objetivo da lei, como apontamos. A maioria dos casamentos realizados sob o regime de separação legal é de jovens que amealham seu patrimônio no curso do casamento. Seria injusto, em princípio, não se comunicarem os bens adquiridos pelo esforço comum. A intenção do legislador, porém, não foi essa. A idéia, todavia, é que, mesmo se casando sob o regime da separação, durante o casamento estabelece-se uma sociedade de fato entre os esposos, e os bens são adquiridos pelo esforço comum<sup>5</sup>.

Cabe ressaltar, por fim, que o novel estatuto civil não revogou expressamente o entendimento sumulado, permanecendo as dúvidas acerca da aplicabilidade do dispositivo legal aos casos concretos apresentados ao julgador ordinário.

## 2.5. Regime de Comunhão Parcial de Bens

Trata-se do regime legal de bens no casamento, sendo utilizado quando da não manifestação de vontade dos nubentes por ocasião do casamento. Por este regime, se comunicam apenas e tão somente os bens adquiridos na constância da comunhão. Portanto, pode-se concluir que existirão três tipos de acervo no patrimônio do casal: um pertencente exclusivamente ao marido, outro pertencente exclusivamente à esposa e, por fim, um que pertencerá a ambos.

---

<sup>5</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. p. 320.

Dispõe o artigo 1.658 do Código Civil: “no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

Assim, entram na comunhão os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, os bens adquiridos por doação ou herança em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge, os frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento (CC, art. 1.660).

Em contrapartida, excluem-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuir ao casar e os que lhe sobrevierem na constância do casamento, por doação ou sucessão, obrigações anteriores ao casamento, obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo se reversão em proveito do casal. Também são excluídos os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões ou rendas semelhantes (CC, art. 1.659).

Segundo regra estampada no art. 1.662 do novo estatuto civil, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior. É importante ressaltar, ainda, que as dívidas contraídas por um dos cônjuges, na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

A administração dos bens comuns compete a qualquer dos cônjuges. Contudo, as dívidas contraídas em virtude da administração dos bens comuns obrigam não só os bens comuns do casal como também os bens particulares do cônjuge que os administra e os do outro na razão do proveito auferido (CC, art. 1.663, §1º). É necessária, ainda, a autorização de ambos os cônjuges para a prática de atos a título gratuito que impliquem na cessão de uso ou gozo dos bens comuns, não sendo a regra válida para os bens particulares.

Com a dissolução da sociedade conjugal, seja por divórcio ou morte de um dos cônjuges, restará comunicável e passível de partilha entre os cônjuges que se afastam – o acervo dos bens comuns, ficando excluídos, dessa partilha, os bens ressalvados pelos arts. 1.659 e 1.661 do novo Código Civil.

Venosa, com propriedade, preconiza acerca da dissolução conjugal regida pelo regime da comunhão parcial de bens:

Uma vez dissolvida a comunhão, cada cônjuge retirará seus bens particulares e, serão divididos os bens comuns. [...] Desse modo se o consorte firmara compromisso de compra e venda de imóvel antes do casamento, esse bem não se

comunica, ainda que a escritura definitiva seja firmada após, salvo se houver prova de que houve contribuição financeira do outro cônjuge após o casamento<sup>6</sup>.

## 2.6. Regime de Participação Final nos Aqüestos

O regime da participação final nos aqüestos foi introduzido pelo novo estatuto civil, que o dispõe no art. 1.672, *in verbis*:

Art. 1.672 - No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Neste regime, os cônjuges vivem sob verdadeira separação de bens, vale dizer, cada cônjuge tem livre administração de seus próprios bens, enquanto durar a sociedade conjugal. Venosa, com acerto, discorre sobre a finalidade do novo regime de bens:

[...] Trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens e da comunhão de aqüestos. [...] Esse regime, com muitas nuances e particularidades diversas, é adotado também em outras legislações. Sua utilidade maior, em princípio, é para aqueles cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem um certo patrimônio ao casar-se ou a potencialidade profissional de fazê-lo posteriormente<sup>7</sup>.

Nelson Nery Junior fala das características do regime em comentário:

A eficácia desse regime de bens quanto à efetiva participação final dos aqüestos só surge com o fato jurídico da dissolução da sociedade conjugal. Antes disso o casal vive sob o regime da separação de bens. Na constância da sociedade conjugal, tudo que os cônjuges adquirem integrará, respectivamente, a massa do patrimônio de cada um. No momento da dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, a título oneroso e, divididos pela metade para cada um dos cônjuges<sup>8</sup>.

No caso de dívidas adquiridas posteriormente ao casamento por um dos cônjuges, o outro não responderá, salvo prova de terem revertido parcial ou totalmente em benefício do outro.

A principal vantagem de se adotar o regime de bens ora em comentário é que não há discussão patrimonial durante o casamento, uma vez que há autonomia patrimonial dos cônjuges. Este é o posicionamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que assevera quanto ao novo regime de bens:

[...] cada cônjuge possui patrimônio próprio, que administra e do qual pode dispor livremente, se de bens móveis se tratar, dependendo da outorga conjugal apenas para

<sup>6</sup> Ibid. p. 324-325.

<sup>7</sup> Ibid. p. 191.

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 743.

a alienação de eventuais bens imóveis (CC, arts. 1.672 e 1.673). Mas se diferencia do regime da separação de bens porquanto, no momento em que se dissolve a sociedade conjugal por rompimento dos laços entre vivos ou por morte de um dos membros do casal, o regime de bens como que se transmuda para adquirir características do regime da comunhão parcial, pelo que os bens adquiridos onerosamente e na constância do matrimônio serão tidos como bens comuns desde a sua aquisição, garantindo-se, assim, a meação ao cônjuge não-proprietário e não-administrador<sup>9</sup>.

Pode-se inferir, portanto, que são particulares os bens adquiridos antes do casamento e aqueles adquiridos na constância do casamento, sem qualquer contribuição financeira do outro cônjuge. A grande vantagem desse regime de bens é que não há discussão patrimonial durante o casamento, uma vez que a autonomia patrimonial dos cônjuges é patente.

---

<sup>9</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 193.



### **3. SUCESSÃO HEREDITÁRIA**

#### **3.1. Histórico da participação do cônjuge na herança de seu falecido consorte**

O cônjuge supérstite ocupa hoje posição privilegiada na sucessão de seu consorte, pois sucede concorrentemente com os descendentes, ascendentes ou por direito próprio. Entretanto, o estágio atual foi alcançado paulatinamente com a edição de várias leis que foram alterando a ordem da vocação hereditária.

O primeiro estatuto civil que o contemplou foram as Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil mesmo após a proclamação da independência do país até o início do século XX. Elas estabeleciam que o cônjuge apenas seria herdeiro de seu consorte na falta de descendentes, ascendentes e colaterais até o décimo grau deste. Havia, portanto, uma evidente preferência pelos parentes consangüíneos ao vínculo conjugal para o recebimento da herança.

A Lei Feliciano Pena, decreto nº 1.839 de 31 de dezembro de 1.907, alterou sensivelmente essa ordem, colocando o cônjuge após os descendentes e os ascendentes do defunto, mas à frente de seus colaterais, melhorando sua colocação nesta ordem que, presumidamente, espelha a vontade da pessoa que falece sem deixar testamento. A alteração deu-se para adequar a lei, tendo em vista que os autores, à época, já se manifestavam contra o fato de que o cônjuge somente receberia a herança se não houvesse nenhum parente em linha reta, nem parente em linha colateral do *de cuius* até o décimo grau.

O Código Civil de 1.916, em seu art. 1.603, manteve o cônjuge supérstite na terceira classe da ordem de vocação hereditária, recebendo a herança na falta de descendentes e ascendentes vivos de seu consorte, afastando, por sua posição preferencial, os parentes em linha colateral do falecido.

A Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1.962 (Estatuto da Mulher Casada) acrescentou dois parágrafos ao art. 1.611 do Código Civil de 1.916, que trata da sucessão do cônjuge. O primeiro parágrafo estabeleceu que o cônjuge sobrevivente que fosse casado com o falecido por regime diverso do da comunhão universal de bens teria direito ao usufruto sobre um quarto dos bens da herança se houvesse descendentes e ao usufruto da metade dos bens daquele, na falta dos descendentes, se sobrevivessem os ascendentes. Tal direito duraria enquanto permanecesse viúvo.

Se duas pessoas fossem casadas por regime de bens do casamento que não a comunhão universal, por ocasião da morte de uma delas, separava-se a meação do viúvo nos bens comuns, o que já lhe pertencia em razão do regime de bens. Somava-se a meação do falecido a seus bens particulares, se houvesse, e se distribuía tal patrimônio entre seus sucessores, concedendo-se o usufruto sobre um quarto desta massa de bens, se esse tivesse deixado descendentes, ou sobre a metade deste patrimônio, se lhe sobrevivessem os ascendentes.

O parágrafo segundo do art. 1.611 concedia direito real de habitação ao viúvo que fora casado com o *de cujus* pelo regime da comunhão universal de bens sobre o imóvel residencial desde que esse fosse o único bem desta natureza a inventariar. De modo que, se o casal possuísse apenas um imóvel residencial e fosse casado pelo regime de comunhão universal, ao falecer um deles, o outro teria sua meação sobre a metade do patrimônio comum e o restante seria partilhado entre os parentes em linha reta do outro cônjuge, estabelecendo-se, sobre a residência, direito real de habitação enquanto durasse a viuvez.

Contudo, alguns juristas afirmavam que o vínculo afetivo que uniu os cônjuges até o decesso de um deles justificaria que o viúvo herdasse em propriedade e não tivesse apenas um direito real limitado como o usufruto, quando houvesse parentes em linha reta do *de cujus*. Por isso foram propostos o Projeto de Lei de 1.965 e o Anteprojeto de 1.972, nos quais se assegurava ao viúvo a concorrência com os descendentes e com os ascendentes do *de cujus*. Entretanto tais projetos de lei nunca foram aprovados.

O atual Código Civil brasileiro que teve origem no Projeto de Lei de 1.975 seguiu o mesmo tratamento ao cônjuge em seu art. 1.829, incluindo-o como herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e ascendentes, e não mais sendo excluído por estas classes.

O cônjuge sobrevivente permanece em terceiro lugar na referida ordem, mas passa a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido, salvo quando já tenha direito à meação em face do regime de bens do casamento. Na falta de descendentes, concorre com os ascendentes.

### **3.2. Definição**

A palavra sucessão, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Sempre que uma pessoa

toma o lugar de outra em uma relação jurídica, há a sucessão. Em uma compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam. Nesta hipótese, opera-se a sucessão *inter vivos*.

No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão-somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio (o ativo e o passivo – créditos e débitos) do *de cuius* (ou autor da herança) a seus sucessores. Esta expressão latina é abreviatura da frase *de cuius successionem (ou hereditatis) agitur*, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”.

No mesmo diapasão, também pode ocorrer a sucessão no caso de ausência de uma pessoa, desaparecimento sem deixar vestígios, sem dar notícias do seu paradeiro e sem deixar quem a represente. Uma vez declarada judicialmente a ausência, dá-se a sucessão provisória nos seus bens, tornando-se definitiva depois de certo tempo, diante da morte presumida do ausente. Neste sentido, os ensinamentos de Orlando Gomes:

Presume-se a morte do ausente dez anos após ter passado em julgado a sentença da abertura da sucessão provisória, ou quando completaria ele oitenta anos, datando de cinco as últimas notícias suas e, ainda, se for extremamente provável sua morte, estando em perigo de vida ou se, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra (CC, art. 7º)<sup>1</sup>.

Maria Helena Diniz diz que sucessão (*lato sensu*) se aplica a todos os meios derivados de aquisição do domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se no todo, ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. É da sucessão *inter vivos*. Já em *stricto sensu*, sucessão é a transferência total ou parcial da herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão *causa mortis*, que subjetivamente é o direito pelo qual alguém recebe os bens da herança e, objetivamente, indica a universalidade dos bens do *de cuius*, qualificados por seus direitos e encargos<sup>2</sup>.

Apesar de integrar o rol dos direitos de transmissão do patrimônio, o direito de suceder por *causa mortis* não surge unicamente do interesse privado. É inegável que o Estado, conquanto como representante da coletividade, tem desejo de que um determinado patrimônio não reste sem titular, tendo em vista que tal situação lhe traria um ônus a mais, além do que estaria protegendo a família e ordenando a economia. Assim, este direito foi estampado na Constituição Federal de 1988 (CRFB, art. 5º, inciso XXX), no qual é garantido o direito de herança.

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 14.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.

### 3.3. Herança

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, herança é “o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobrevivem ao falecido”<sup>3</sup>.

Assim sendo, todo o patrimônio transmissível – conceito este que pode abarcar bens materiais e imateriais, desde que sejam avaliáveis economicamente – é transmitido em sua totalidade aos herdeiros, que o administra em regime de condomínio. Trata-se, portanto, de uma universalidade de bens, de um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis.

Cabe ressaltar que não integram a herança relações jurídicas que, embora de conteúdo econômico, extinguem-se com a morte do titular, tratando-se de direitos personalíssimos, *intuitu personae*, como, por exemplo, as obrigações de fazer infungíveis, as declarações unilaterais de vontade que dependem de aceitação do autor da herança e os direitos de família sem cunho patrimonial.

Possui caráter transitório, haja vista que patrimônio permanece coeso até que seja procedida a partilha. Ou seja, durante toda a sua existência jurídica, a herança assume um caráter indiviso e cada herdeiro passa a ser um condômino.

A indivisibilidade diz respeito ao domínio e à posse dos bens hereditários, desde a abertura da sucessão até a atribuição dos quinhões a cada sucessor, na partilha. Antes desta, o co-herdeiro pode alienar ou ceder apenas sua quota ideal, ou seja, o direito à sucessão aberta, que o art. 80, inciso II do Código Civil considera bem imóvel (exige-se, portanto escritura pública e outorga uxória), não lhe sendo permitido transferir a terceiros parte certa e determinada do acervo.

Em razão dessa indivisibilidade, qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança em face de terceiro, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão (CC, arts. 1.825 e 1.827).

Processualmente, a massa patrimonial deixada pelo autor da herança denomina-se espólio. Não passa de uma universalidade de bens, sem personalidade jurídica. Enquanto existir inventário, até a partilha, os bens da herança formam um espólio, ou seja, a massa, a

---

<sup>3</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das Sucessões**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6.

universalidade dos bens declarados em juízo. Entretanto, o direito dá-lhe legitimidade *ad causam*, sendo representado ativa e passivamente pelo inventariante (CPC, art. 12, V) ou pelo administrador provisório, se o inventário ainda não tiver sido instaurado (CPC, art. 986). Suas principais funções são atuar no inventário, administrar os bens e prestar contas dos seus atos aos interessados na herança, até que se efetue a partilha.

### 3.3.1. Meação do cônjuge supérstite

No bojo do presente estudo, se faz necessário diferenciar sucessão de meação de bens. Nesta linha de pensamento bem distingue Zeno Veloso:

Não se deve confundir meação com direito hereditário. A meação decorre de uma relação patrimonial – condomínio, comunhão – existente em vida dos interessados, e é estabelecida por lei ou pela vontade das partes. A sucessão hereditária tem origem na morte, e a herança é transmitida aos sucessores conforme as previsões legais (sucessão legítima) ou a vontade do hereditário (sucessão testamentária)<sup>4</sup>.

A meação, portanto, é direito de um cônjuge em relação aos bens comuns no casamento (dependendo do regime de bens). Assim, pode-se dizer que se exprime na metade dos bens da comunhão. Em se tratando de sucessão, a meação é a parte que se destina ao cônjuge supérstite, que compreende a metade dos bens do acervo deixado pelo *de cuius*.

Logo, o regime de bens do casamento adotado quando de sua celebração determina a situação patrimonial do casal, não só durante a vigência do mesmo, mas também na sua dissolução. Na inexistência de pacto antenupcial, vigora por lei o regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.640). Segundo o regime de bens em tela, quando da morte de um cônjuge, o cônjuge sobrevivente tem direito à meação, ou seja, a metade dos bens adquiridos durante a união. Somente no regime de separação de bens é que não se considera a meação. Logo, quando do falecimento de um dos cônjuges, deve-se providenciar a identificação da meação do sobrevivente, a fim de que possa ser transmitida à sucessão aos herdeiros do falecido, subtraindo-se a meação. Conclui-se, desta forma, que ao se falar em meação, trata-se da parte dos bens que já pertenciam ao cônjuge por conta do regime de bens, a qual não fará parte da herança.

---

<sup>4</sup> VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado. Direito de Família, Alimentos, Bem de Família, União Estável, Tutela e Curatela**. Volume 17. São Paulo: Atlas, 2003. p. 135.

### 3.4. Tipos de Sucessão

#### 3.4.1. Sucessão singular e universal

A sucessão hereditária se dá em duas formas: a título universal e a título singular. A primeira se caracteriza pela transferência do patrimônio do *de cuius*, ou de parte deste; já a segunda, ocorre pela transmissão de bens determinados.

Desta forma, na sucessão a título universal, todas as relações jurídicas constituídas do patrimônio do defunto transmitem-se como um todo orgânico, compreendido o ativo e passivo. A *successio in universum jus* possibilita uma divisão ficta em frações consideradas em relação ao todo, compreendendo sucessores *pro parte*, que passam a ser denominados herdeiros universais.

De forma diversa ocorre no caso em que o sucessor recebe um bem específico e determinado; é a chamada sucessão singular, que pode se dar em virtude de ato *inter vivos* ou pelo falecimento. Neste caso, o sucessor é chamado de legatário, aquele que é contemplado em testamento com coisa certa, determinada, precisa e individualizada pelo testador ou um conjunto de bens, contanto que não formem unidade na qual percam sua individualidade – *singularum rerum*.

O herdeiro assume no todo ou em parte a mesma posição jurídica do defunto, e deste modo, a ele cabe saldar os encargos e dívidas, já que ele recebe um patrimônio composto de bens, direitos e obrigações. Com relação ao legatário, este não responde pelas dívidas do espólio, salvo disposição em contrário, pois ele não sucede o autor da herança, na mesma posição que este teria em vida, em relação ao seu patrimônio.

Maria Helena Diniz, com acerto, conceitua a sucessão a título universal e a título singular, respectivamente:

Quando houver transferência da totalidade ou de parte indeterminada da herança, tanto no seu ativo como no passivo, para o herdeiro do *de cuius*, que se sub-roga, abstratamente, na posição do falecido, como titular da totalidade ou de parte ideal daquele patrimônio no que concerne ao ativo, assumindo a responsabilidade relativamente ao passivo. Quando o testador transfere ao beneficiário apenas objetos certos e determinados, p. ex.: uma jóia, um cavalo, uma determinada casa na rua "X" etc. Nessa espécie é o legatário que sucede ao *de cuius* sub-rogando-se concretamente na titularidade jurídica de determinada relação de direito, sem representar o morto, pois não responde pelas dívidas da herança<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 21.

### 3.4.2. Sucessão legítima e testamentária

Também poderá ser legítima ou testamentária a sucessão. A primeira se dá por aplicação da lei, já a segunda se dá pela vontade do autor da herança.

Ocorre a sucessão legítima ou *ab intestato* quando seu autor não haja disposto validamente, no todo ou em parte, de seus bens por testamento. Verifica-se necessariamente, em parte, quando há herdeiros aos quais a lei destine determinada porção da herança (herdeiro necessário – CC, art. 1.789 c/c art. 1.845). Representa a vontade presumida do *de cujus* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.

Chama-se herdeiro legítimo o que é indicado na lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária, que será pormenorizada no quarto capítulo deste trabalho; e chama-se herdeiro testamentário o que é nomeado ou instituído, designado pelo testador no ato de sua última vontade.

A sucessão testamentária é aquela que o testador em vida dispôs sobre seus bens em testamento ou em ato de última vontade. Os sucessores beneficiados são os herdeiros testamentários – aqueles que recebem por testamento o direito a quota parte ou fração do patrimônio do *de cujus* ou ainda a totalidade dos bens na falta de herdeiros necessários – e os legatários – sucessores por disposição testamentária de coisa certa, individualizada ou valores determinados.

### **3.5. Abertura da sucessão. O princípio da *saisine*.**

O princípio da *saisine* é uma instituição de origem germânica, pelo qual a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros, no momento da morte do *de cujus*. A regra era expressa por adágio corrente desde o século XIII: *le mort saisit le vif* (o morto prende o vivo). Tal princípio foi utilizado pela primeira vez na França, onde foi estampado no Código Napoleônico de 1804, em seu art. 724.

Por tal conceito, a sucessão hereditária se dá no momento da morte do *de cujus*, momento em que a posse dos bens da herança transmite-se aos herdeiros ou legatários. Os herdeiros, por essa previsão legal, tornam-se donos da herança ainda que não saibam que o

autor da sucessão morreu, ou que a herança lhes foi transmitida. Logo, faz-se importante a determinação exata deste momento (dia e da hora do falecimento), uma vez que será determinante o momento da *saisine*.

A existência da pessoa natural termina com a morte real (CC, art. 6º). Como não se concebe direito subjetivo sem titular, no mesmo instante em que aquela acontece abre-se a sucessão, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cujus* (CC, art. 1.784), sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato. Nisto consiste o princípio da *saisine*, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor o domínio e a posse da herança.

Este sistema exerce importante função no ordenamento pátrio, conforme as palavras de Orlando Gomes:

O princípio da transmissão hereditária sem solução de continuidade funda-se numa ficção jurídica, necessária por não ser o espólio pessoa jurídica. Não o infirmam as disposições legais que exigem o inventário, permitem a renúncia e obrigam o registro dos formais de partilha. Admitem-se a *fictio juris* para salvaguardar os bens hereditários da usurpação de terceiros<sup>6</sup>.

No mesmo sentido as palavras de Cláudia de Oliveira Nogueira:

*O droit de saisine* ou princípio da *saisine* é esta imediata transmissão da herança, ou seja, o domínio e a posse dos bens aos herdeiros, independentemente de inventário, porque inadmissível relação jurídica decapitada, sem sujeito de direito para titularizá-la. Não pode haver vácuo nas relações jurídicas, direitos, obrigações e deveres. Há que se obedecer o princípio da continuidade da cadeia dominial, tendo o registro imobiliário eficácia meramente declaratória para os herdeiros, por serem proprietários do bem, independentemente do registro imobiliário. A lei lhes confere o direito de propriedade e a oponibilidade *erga omnes*<sup>7</sup>.

Acolhido no art. 1.784 do Código Civil, tal princípio harmoniza-se com o art. 1.207, pelo qual o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor, com os mesmos caracteres (CC, art. 1.206). Compatibiliza-se, também, com os arts. 990 e 991 do Código de Processo Civil e 1.797 do estatuto civil mediante a interpretação de que o inventariante administra o espólio, tendo a posse direta dos bens que o compõem, enquanto os herdeiros adquirem a posse indireta.

Em decorrência do princípio da *saisine*, regula a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão (CC, art. 1.787). Assim, por exemplo, não existe mais a distinção que era feita com relação aos filhos legítimos e ilegítimos, pois a CRFB tratou por igualá-los em todos os direitos, inclusive os sucessórios, herdando em igualdade de condições. Outra consequência do aludido princípio consiste em que o herdeiro que sobrevive

<sup>6</sup> GOMES, Orlando. Op. cit. p. 16.

<sup>7</sup> NOGUEIRA, Cláudia de Oliveira. **Direito das Sucessões. Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. p. 5.



ao defunto, ainda que por um instante, herda os bens por este deixados e os transmite aos seus sucessores, se falecer em seguida.

A abertura da sucessão é também denominada delação ou devolução sucessória e beneficia desde logo os herdeiros, como visto. Quanto aos legatários, a situação é diferente: adquirem a propriedade dos bens infungíveis desde a abertura da sucessão; a dos fungíveis, porém, só pela partilha. A posse, em ambos os casos, deve ser requerida aos herdeiros, que só estão obrigados a entregá-la por ocasião da partilha e depois de comprovada a solvência do espólio.

Por fim, abre-se a sucessão no lugar do último domicílio do falecido (CC, art. 1.785). Esse é o foro competente para o processamento do inventário, ainda que o óbito tenha ocorrido no exterior. Será, entretanto, o da situação dos bens, se o autor da herança não tinha domicílio certo, ou o do lugar em que ocorreu o óbito, se, além disso, possuía bens em lugares diferentes (CPC, art. 96 e parágrafo único). A nomeação de inventariante é, hoje, matéria regulada no art. 990 do Código de Processo Civil.

### 3.6. Aceitação da Herança – Renúncia

Ninguém pode ser herdeiro contra a sua vontade. Assim sendo, os beneficiários da herança precisam aceitar a herança, bem como podem repudiá-la. Segundo Washington de Barros Monteiro, trata-se da *aditio*, a declaração de vontade pela qual a pessoa chamada a suceder declara que deseja ser herdeiro e recolher a herança<sup>8</sup>. A aceitação tem o efeito — como diz o art. 1.804 — de tornar definitiva a transmissão *ipso jure* ocorrida por força do art. 1.784.

Trata-se de negócio jurídico unilateral, pois se aperfeiçoa com uma única manifestação de vontade, e de natureza não receptícia, pois não depende de ser comunicado a outrem para que produza seus efeitos. É, também, indivisível e incondicional, porque não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição, ou a termo (CC, art. 1.808). Entretanto, o herdeiro, a quem se testaram legados, pode aceitá-los, renunciando a herança; ou, aceitando-a, repudiá-los.

---

<sup>8</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo, v. 6, 1977 *apud* VENOZA, Silvio de Salvo. Op. cit. p. 16-17

Uma vez aceita a herança, o herdeiro não pode se despir desta condição como regra geral. É, portanto, de carácter irrevogável, salvo nos casos de nulidade. Uma vez herdeiro, sempre herdeiro (*semel heres, semper heres* – CC, art. 1.812).

Falecendo o herdeiro antes de declarar se aceita a herança, o poder de aceitar passa a seus herdeiros. Esta declaração é considerada como se partisse do herdeiro primitivo já falecido.

Pode ocorrer de forma expressa, tácita ou presumida. A aceitação expressa ocorre quando o herdeiro manifesta sua vontade por escrito, não importando a sua substância, desde que autêntico.

A aceitação tácita consiste em qualquer ato positivo que demonstre o *animus* do herdeiro de adentrar na posse e propriedade da herança. Ou seja, é caracterizada quando este pratica atos compatíveis com o carácter de herdeiro.

A aceitação presumida ocorre quando o herdeiro permanece silente, depois de notificado, nos termos do art. 1.807, para que declare, em prazo não superior a trinta dias, a pedido de terceiro interessado, se aceita ou não a herança. Trata-se da *actio interrogatoria*, haja vista que a lei não fixa prazo específico para tal declaração.

O ilustre Prof. Orlando Gomes esclarece os efeitos da aceitação da herança:

Os direitos, assim adquiridos, conservam a sua configuração. Passam aos herdeiros as obrigações e ônus. Ingressam eles nas situações jurídicas oriundas das ações judiciais iniciadas em vida do auctor successionis. Continuam a posse dos bens hereditários transmitidas desde a delação, com o título e as características que a distinguiam no patrimônio do defunto, consolidando-se em suas pessoas. Suportam o peso dos encargos que, por lei ou por vontade do testador, lhe sejam impostos, como o pagamento de legados, o cumprimento de obrigações instituídas sob a forma de modus, o pagamento do imposto de transmissão mortis causa e outras despesas, como a vintena do testamenteiro. Confirma-se, enfim, a investidura em todos os direitos adquiridos potencialmente com a abertura da sucessão.<sup>9</sup>

### 3.6.1. Aceitação sob benefício de inventário

No direito brasileiro, a aceitação é sempre feita em benefício de inventário, ou seja, quando o herdeiro aceita a herança significa que ele só responderá pelas dívidas do falecido até o limite do seu quinhão hereditário. Consiste, em essência, em uma limitação de responsabilidades.

---

<sup>9</sup> GOMES, Orlando. Op. cit. p. 21-22.

Com o benefício de inventário, previne-se uma confusão dos patrimônios do defunto e do herdeiro. Esta separação entre o acervo hereditário e o patrimônio do herdeiro constitui o fundamento técnico do instituto.

Da aceitação a benefício de inventário resultam dois importantes efeitos, a saber:

a) o herdeiro somente é responsável pelo pagamento das dívidas da herança que na ultrapassem as forças da herança; e

b) conserva os direitos e obrigações que tinha para com o *de cujus*, como qualquer credor ou devedor, não se extinguindo, pela confusão, créditos e débitos.

### 3.6.2. Renúncia à herança

A renúncia à herança é negócio jurídico unilateral pela qual o herdeiro abre mão da sua quota hereditária, ou seja, o herdeiro manifesta a intenção de se demitir dessa qualidade.

Há de ser expressa e constar, obrigatoriamente, de instrumento público ou termo judicial, lançado nos autos do inventário (CC, art. 1.806), sendo, portanto, solene (a sua validade depende de observância da forma prescrita em lei). Não se admite renúncia tácita ou presumida, porque constitui abdicação de direitos, nem promessa de renúncia, porque implicaria ilegal pacto sucessório. Além disso, não pode ser parcial, tal como na aceitação.

A renúncia retroage a data da abertura da sucessão como se o herdeiro nunca tivesse sido chamado à sucessão. Conseqüentemente, os herdeiros do renunciante não podem representá-lo.

Tem-se, portanto, por não verificada a transmissão da universalidade de bens do defunto. Assim, o legislador concilia a transmissão automática e por força da lei da herança, no próprio momento da morte do *de cujus*, com a necessidade de os herdeiros aceitarem a herança e com a possibilidade de eles preferirem repudiá-la.

Ela pode se apresentar como renúncia abdicativa e renúncia translativa. A primeira abdicativa é a verdadeira pura e simples, sendo aquela em que o herdeiro abre mão da sua quota em favor dos outros herdeiros da mesma classe ou da classe subseqüente. Equipara-se tal renúncia a uma cessão gratuita da herança em favor dos co-herdeiros.

A renúncia translativa é aquela em que o herdeiro renunciante aponta um beneficiário para o seu ato. Na verdade está praticando cessão da herança, e não renúncia. É importante esta distinção para efeitos de tributação, pois no caso, além de ocorrer o fato gerador do

imposto de transmissão de ato *causa mortis*, que é o falecimento do *de cuius*, tem-se a incidência do imposto de transmissão *inter vivos* em virtude da doação.

Com a renúncia, surge o direito de acrescer que possui efeitos distintos:

a) exclusão, da sucessão, do herdeiro renunciante, que será tratado como se jamais houvesse sido chamado. Os seus efeitos retroagem, pois, à data da abertura da sucessão;

b) acréscimo da parte do renunciante à dos outros herdeiros da mesma classe (CC, art. 1.810). Se o *de cuius* tinha vários filhos e um deles é pré-morto, a sua parte passará aos seus filhos, netos do primeiro. Se não morreu, mas renunciou à herança, a sua parte passará aos seus irmãos, em prejuízo de seus filhos;

c) proibição da sucessão por direito de representação, pois ninguém pode suceder representando herdeiro renunciante (CC, art. 1.811). A parte do renunciante somente passará aos seus filhos se for o único legítimo de sua classe, ou se todos da mesma classe renunciarem; e

d) na sucessão testamentária, a renúncia do herdeiro acarreta a caducidade da instituição, salvo se o testador tiver indicado substituto (CC, art. 1.947) ou houver direito de acrescer entre os herdeiros (CC, art. 1.943). Quando não se tenha havido designação de substituto, transmite-se aos herdeiros legítimos a quota parte do renunciante.

## 4. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

### 4.1. Definição

A expressão vocação, do latim, significa convocação, pois vem *de vocatio*, sendo a convocação legal de alguém para que venha receber a herança ou a parte que lhe cabe.

Entende-se, portanto, por vocação hereditária o chamamento de pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido. Pode ocorrer por disposição legal, como na sucessão legítima, em que os herdeiros são chamados segundo a ordem da vocação hereditária. Ou pode haver o chamamento dos herdeiros previstos em testamento, e bem assim dos legatários, por disposição de vontade do autor da herança.

Tal chamamento, na ausência de testamento, obedecerá a ordem estipulada pelo Código Civil. No entendimento de Silvio Rodrigues, a ordem de vocação hereditária é uma relação preferencial estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder ao finado<sup>1</sup>.

Na sucessão legítima, são convocados os herdeiros segundo a ordem de vocação hereditária estatuída no artigo 1.829 do Código Civil. Maria Helena Diniz ensina:

Todavia, toda regra comporta exceção, pois há casos de sucessão anômala ou irregular, admitidos por lei, de variação da ordem de vocação hereditária, ou seja, em que não se aplica o princípio de que a existência de herdeiro de uma classe exclui da sucessão os herdeiros da classe subsequente [...]. Assim, a ordem de vocação hereditária, estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, pode ser alterada tratando-se de bens existentes no Brasil, pertencentes a estrangeiro falecido, casado com brasileira e com filhos brasileiros, se a lei nacional do *de cuius* for mais favorável àquelas pessoas do que o seria a brasileira. [...] A lei nº 6.858/80, regulamentada pelo Decreto nº 85.845/81, bem como o art. 20 da Lei n. 8.036/90, regulamentada pelo Decreto nº 99.684/90, que mandam pagar, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.[...] Os sucessores do *de cuius* não poderão levantar esses valores em detrimento das pessoas inscritas na Previdência Social. [...] As quotas somente poderão ser levantadas pelos sucessores, mediante alvará judicial, se ficar comprovada a inexistência de dependentes habilitados<sup>2</sup>.

Na hipótese de o indivíduo desejar dispor de seus bens de maneira particular, deve fazê-lo por testamento; se não o fizer, presume-se que deseja que seu patrimônio se transmita por inteiro aos herdeiros necessários.

---

<sup>1</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1967. p. 78.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 103.

## 4.2. Da Origem Histórica da Vocação Hereditária

No antigo Direito Romano é sabido que somente os varões herdavam, o que caracterizava uma significativa desigualdade entre homens e mulheres. Dentre os homens, havia o chamado direito da primogenitura, com a finalidade única de conservar a propriedade nas mãos de um são ramo familiar. Ao primog nito, por conseguinte, cabia a totalidade da herança e os demais irmãos nada recebiam a esse título.

Atualmente, não se verifica os privilégios da varonia e da primogenitura, pertencendo eles ao passado, uma vez que há uma norma constitucional que dispõe que todos são iguais perante a lei (CRFB, art. 5 , *caput*). Desta forma, homens e mulheres têm direitos iguais, não havendo também mais distin o entre filhos legítimos e ilegítimos.

No Direito Romano a liberdade para testar era absoluta, abrangendo todo o patrimônio do *de cuius*; os romanos abominavam a idéia da morte sem testamento. Já no antigo Direito Germânico, desconhecia-se a sucessão testamentária, entendendo que a voca o hereditária era feita por Deus, e, dessa forma, somente os ligados pelo sangue eram considerados herdeiros.

Pode-se dizer, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu influências de ambos os sistemas, uma vez que atualmente os parentes herdeiros pelo sangue e também o cônjuge supérstite são sucessores legítimos, tendo ainda o autor da herança a possibilidade de eleger herdeiros testamentários.

## 4.3. Da Ordem de Voca o Hereditária

Pelo Código Civil de 1.916, os herdeiros necessários eram apenas os descendentes e os ascendentes. Cônjuge e colaterais eram herdeiros legítimos, mas não necessários. Previa o artigo 1.725 do antigo código: “para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar”.

Era neste contexto que se apresentava o direito sucessório do cônjuge, e estas solu es legais aplicar-se- o às sucessões que foram abertas até a data da entrada em vigor do novo Código Civil, que prevê, expressamente, no artigo 2.041: “as disposi es deste Código relativas à ordem da voca o hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam   sucessão aberta an-

tes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”.

A inovação mais importante introduzida pelo novo estatuto civil está no artigo 1.845. Seguindo uma tendência universal dos povos ocidentais, são considerados herdeiros necessários não só os descendentes e ascendentes, mas, igualmente, o cônjuge sobrevivente. E, na forma do artigo 1.846, pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. Os herdeiros necessários não podem ser afastados pelo arbítrio do autor da herança, salvo em caso de deserdação (CC, artigo 1.961).

A ordem da sucessão hereditária está indicada no artigo 1.829 do novo Código Civil, *in verbis*:

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; 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.

O chamamento dos herdeiros efetua-se por classes, que correspondem a cada um dos incisos do supracitado artigo. Desta forma, só se convocam os ascendentes se não houver descendentes, por exemplo. Uma classe, portanto, tem precedência sobre a outra.

#### 4.3.1. Sucessão dos descendentes

Os descendentes são herdeiros por excelência, uma vez que serão convocados primeiramente, adquirindo, dessa forma, os bens por direito próprio. São ainda herdeiros necessários, significando dizer que o autor da herança poderá dispor livremente de seus bens, respeitando a legítima, ou seja, a parte indisponível da herança.

Vale ressaltar que a lei trata de todos os descendentes e não apenas dos filhos. Não havendo filhos vivos, são chamados os netos e assim *ad infinitum*, sem qualquer limitação de grau de parentesco, observando-se sempre o princípio da exclusão do grau mais remoto.

Maria Helena Diniz esclarece:

Ante o princípio de que, dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados à sucessão *ab intestato* do pai, recebendo cada um (sucessão por cabeça) quota igual da herança (CC, art. 1.834), excluindo-se os demais

descendentes, embora não obste a convocação dos filhos de filho falecido do *de cuius* (sucessão por estirpe), por direito de representação<sup>3</sup>.

Não importa a natureza da filiação, se natural ou civil, ante o princípio da igualdade no tratamento dos filhos estampado no art. 227, §6º da CRFB, que não podem ser discriminados como legítimos, ilegítimos ou adotivos.

Assim, se todos os descendentes do *auctor successionis* estão todos no mesmo grau, a sucessão será por direito próprio e por cabeça (CC, art. 1.835, 1ª parte). Cada herdeiro receberá sua quota do monte-mor que é calculada pela divisão da herança pelo número de herdeiros existentes. Como exemplo, pode-se vislumbrar a herança de um defunto que deixou dois filhos, quando o monte-mor será dividido em duas partes iguais, ficando cada uma com cada filho.

No caso de existir descendentes de graus diversos, a sucessão se dará por cabeça ou por estirpe (CC, art. 1.835, 2ª parte). Agora o quinhão hereditário é calculado mediante a divisão da herança pelo número de linhagens do *de cuius*. Pode-se citar, por exemplo, o caso de um indivíduo que falece deixando três filhos, sendo um pré-morto, e quatro netos, estes descendentes do filho pré-morto. Nesta hipótese, a herança será dividida em três partes iguais entre os filhos, dividindo-se uma delas entre os quatro netos.

Ressalta-se, por fim, que os descendentes herdaram em concorrência com o cônjuge supérstite segundo norma introduzida pelo novel código. Para tanto, o cônjuge deverá se enquadrar nas condições legais estabelecidas, que serão pormenorizadas no capítulo cinco.

#### 4.3.2. Sucessão dos ascendentes

Na ausência de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes do autor da herança. Também são herdeiros necessários, haja vista que não podem ser excluídos por mera vontade do autor da herança.

Na referida classe não existe direito de representação e, portanto, o mais próximo exclui o mais remoto, não se devendo atender à distinção de linhas, ou seja, à diversidade entre parentes pelo lado materno ou paterno (CC, art. 1.836, §1º).

---

<sup>3</sup> Ibid. p. 107.



Com efeito, se o *de cuius* deixou pai e mãe, a herança será partilhada por ambos igualmente. Contudo, se apenas um dos ascendentes for vivo, o acervo hereditário será conferido em sua totalidade a ele.

Cabe ressaltar que o novo Código Civil estabeleceu a concorrência dos ascendentes com o cônjuge supérstite (CC, art. 1.836, II). Entretanto, diferentemente do que ocorre com os descendentes, pouco importa o regime de bens que regula a comunhão, não dando margem a dúvidas quanto a sua aplicabilidade no caso concreto.

Washington de Barros Monteiro, com acerto, exemplifica:

Efetivamente, *proximior excludit remotiorem*. Nessas condições, na referida classe, acham-se em primeiro lugar pai e mãe do *de cuius*. Se este não teve prole, a herança vai para os próprios genitores, que herdaram em partes iguais o que o filho houver deixado, juntamente com o cônjuge supérstite, qualquer que tenha sido o regime de bens do casamento, e que receberá um terço da herança (CC, art. 1.837). Se apenas sobrevive um, recolhe o mesmo a totalidade da herança, ou a metade, se houver cônjuge sobrevivente, que ficará com a outra metade<sup>4</sup>.

#### 4.3.3. Sucessão do cônjuge supérstite

Cônjuge supérstite é o cônjuge que sobreviveu ao morto e que dele não se encontrava separado, nas hipóteses e condições enumeradas no art. 1.830 do Código Civil. Encontra-se, ainda, investido em uma posição destacada no que se refere à sucessão legítima, posto que a norma introduzida no novo estatuto civil passa a considerá-lo como herdeiro necessário. Além disso, concorre com os descendentes e ascendentes do *de cuius*, dependendo do regime de bens do casamento, conforme já frisado.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka expõe:

O novo Código Civil, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao cônjuge supérstite uma dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes – que continuam a compor a primeira e a segunda classes de vocação hereditária – chamados a herdar<sup>5</sup>.

Não existindo descendentes nem ascendentes, a herança ficará, por inteiro, com o cônjuge sobrevivente.

Por fim, cabe ressaltar norma estampada no art. 1.831 do novo estatuto civil que assegura ao cônjuge supérstite, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da participação

<sup>4</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 41ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 93-94.

<sup>5</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. p. 243.

que lhe caiba na herança, o direito real de habitação. Neste caso, garante-se ao cônjuge supérstite o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Se houver dois ou mais imóveis residenciais, não se pode falar em direito real de habitação. Apesar da omissão existente no citado dispositivo, esse benefício perdurará enquanto o cônjuge sobrevivente permanecer viúvo e não vier a contrair união estável.

#### *4.3.3.1. Sucessão dos companheiros*

Até a promulgação da CRFB não havia dúvidas de que o companheiro ou companheira não era herdeiro. Entretanto, a lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1.994, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, e a lei nº 9.278, de 10 de maio de 1.996, que regulamentou o art. 226, §3º, da CRFB, reconhecendo a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, asseguraram aos companheiros, dentre outros direitos, o de herdar.

A lei nº 8.971/94 ampliou, no art. 2º, III, o rol de herdeiros estabelecido no art. 1.603 do Código de 1.916 quando determinou a transmissão do patrimônio ao companheiro ou companheira sobrevivente, e não aos colaterais, se inexistissem descendentes ou ascendentes. Como requisito, exigia-se a união com pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, bem como a prova da efetiva união marital pelo prazo de cinco anos, ou por qualquer tempo, se houvesse prole.

Com o advento da lei nº 9.278/96 não mais se exigiam todos esses requisitos para caracterização da sociedade de fato, pois o seu art. 1º reconhecia “como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Bastava a prova do estabelecimento da sociedade conjugal de fato, com a formação do patrimônio. Vivendo uma pessoa com cônjuge e companheiro, separavam-se as meações de conformidade com as aquisições havidas durante cada união.

As referidas leis foram alvo de muitas críticas, passando a tramitar no Congresso Nacional projeto de lei elaborado pela Presidência da República com o objetivo de melhor regulamentar o aludido dispositivo constitucional e de revogar as mencionadas leis. A promulgação da lei nº 9.278/96 e a manutenção de dispositivos da lei nº 8.971/94 que não conflitassem com aquela acabaram por conferir mais direitos à companheira do que à esposa.

A matéria está hoje regulada por apenas cinco artigos (CC, arts. 1.723 a 1727) do novo Código Civil. Não foi feita nenhuma referência ao direito real de habitação em favor do companheiro sobrevivente, previsto no parágrafo único do art. 72 da lei nº 9.278/96, pelo fato, neste caso, de concorrer na herança, como herdeiro, com os parentes do *de cuius*.

A forma pela qual o assunto foi tratado pelo ordenamento legal vigente veio a aumentar a celeuma sobre o assunto. Assim se posiciona o Prof. Venosa:

O mais moderno Código conseguiu ser perfeitamente inadequado ao tratar do direito sucessório dos companheiros. A primeira preocupação já expusemos, qual seja, a manutenção ou não, no que couber, das leis nº 8.971/94 e 9278/96. Ademais, o atual Código traça em apenas um único dispositivo o direito sucessório da companheira e do companheiro no art. 1.790, em local absolutamente excêntrico, entre as disposições gerais, fora da ordem de vocação hereditária<sup>6</sup>.

O art. 1.790 do Código Civil dispõe que a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, sem receber, no entanto, o mesmo tratamento do cônjuge sobrevivente, que tem maior participação na herança e foi incluído no rol dos herdeiros necessários, ao lado dos descendentes e ascendentes.

Sobre o assunto expõe a Prof<sup>a</sup> Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que herda quota-parte dos bens exclusivos do falecido quando concorre com os descendentes deste, percebendo, quanto aos bens comuns, exclusivamente a meação do condomínio até então existente, o convivente que sobreviver a seu par adquire não apenas a meação dos bens comuns (e, aqui, em igualdade relativamente ao cônjuge supérstite) como herda quota-parte desses mesmos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, nada recebendo, no entanto, relativamente aos bens exclusivos do hereditando, solução esta que, para adaptar uma expressão de Zeno Veloso a uma outra realidade, ‘não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema’<sup>7</sup>.

Se o companheiro concorrer à herança, por exemplo, com colaterais terá direito a somente um terço desta. Enquanto as citadas leis que disciplinaram a união estável caminharam no sentido de igualar os direitos do companheiro aos do cônjuge, o novo Código Civil tomou direção oposta.

Dispõe, com efeito, o art. 1.790 do Código Civil, *in verbis*:

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.

Na disposição do inciso I, concorrendo o companheiro com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à de cada um destes. Assim, a herança, excluída a meação, será divi-

<sup>6</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. p. 141.

<sup>7</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit. p. 56.

dida em tantas partes quantos sejam os filhos comuns, mais uma. Como exemplo, 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.

Entretanto, 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 (CC, art. 1.832).

Pela disposição do inciso II, se concorrer com descendentes só 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*.

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 absurdo. Somente não havendo colaterais, recolherá o companheiro a totalidade da herança, assim como ocorre com o cônjuge. Observa-se, portanto, que houve um retrocesso no tratamento dispensado ao companheiro quando se versa sobre direito. Tal distinção é alvo de inúmeras críticas com a feita pelo Prof. Venosa:

A impressão que o dispositivo transmite é de que o legislador teve rebuços em classificar a companheira ou o companheiro como herdeiros, procurando evitar percalços e críticas sociais, não os colocando definitivamente na disciplina da ordem da vocação hereditária. Desse modo, afirma eufemisticamente que o consorte da estável ‘participará’ da sucessão, como se pudesse haver um meio termo entre herdeiro e mero ‘participante’ da herança. Que figura híbrida seria essa senão a de herdeiro!<sup>8</sup>

#### 4.3.4. Sucessão dos colaterais

Os colaterais figuram em quarto lugar na ordem da vocação hereditária. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830 do Código Civil, serão cha-

<sup>8</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit. p. 142.

mados a suceder os colaterais até o quarto grau (CC, art. 1.839). Se houver companheiro, concorrerão com ele, cabendo àquele um terço da herança (CC, art. 1.790, III).

Cumprido ressaltar que os colaterais não são herdeiros necessários, como dispõe o art. 1.850 do novo código, logo, se uma pessoa não tiver parentes em linha reta e nem cônjuge, poderá dispor de todo seu patrimônio por testamento, afastando completamente da herança os colaterais.

Entre os colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos (CC, art. 1.840). Assim, os irmãos (colaterais em segundo grau) afastam os tios (terceiro grau). Abre-se exceção em favor dos sobrinhos (terceiro grau) que herdaram representando o pai pré-morto.

Se o *de cujus*, por exemplo, deixa um irmão, dois filhos de outro irmão pré-morto e três filhos de terceiro irmão, também já falecido, dividem-se a herança em três partes iguais, correspondentes às três estirpes. Uma pertencerá, por inteiro, ao irmão sobrevivente, que herdará por direito próprio; a segunda, aos dois sobrinhos, subdividida em partes iguais; e a terceira, aos três últimos sobrinhos, depois de subdividida em três quotas iguais. Os sobrinhos herdaram por estirpe.

Entre irmãos, a sucessão obedece a regras próprias. Se concorrerem à herança irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdará (CC, art. 1.841). Assim, se o falecido deixou quatro irmãos, sendo dois unilaterais e dois bilaterais e um patrimônio estimado em R\$ 30.000,00, os dois últimos receberão, cada qual, R\$ 10.000,00, cabendo R\$ 5.000,00 a cada um dos unilaterais. Não concorrendo à sucessão irmão bilateral, herdarão em partes iguais os unilaterais (CC, art. 1.842), que o fazem por cabeça. Tal regra aplica-se também quando concorrem unicamente irmãos germanos (bilaterais).

Embora sobrinhos e tios sejam parentes colaterais em terceiro grau, a lei dá preferência aos primeiros, ou seja, à energia mais nova, ao dispor que, “na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios” (CC, art. 1.843). Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça.

Se todos forem filhos de irmãos germanos, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual. Todavia, se concorrerem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdará cada um daqueles.

Apesar de a sucessão continuar sendo por cabeça, se houver dois sobrinhos filhos de irmãos unilaterais e dois filhos de irmãos bilaterais, a divisão far-se-á por seis (atribuem-se

duas porções simples para os unilaterais e duas dobradas para os bilaterais), e a parte atribuível aos últimos será multiplicada por dois.

Não havendo sobrinhos, chamam-se os tios do falecido, e depois os primos-irmãos, sobrinhos netos e tios-avós, que são parentes colaterais em quarto grau. Como não existe representação, sucedem por direito próprio, herdando todos igualmente, sem qualquer distinção.

#### 4.3.5. Inexistência de parentes sucessíveis

Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal (CC, art. 1.844).

O Poder Público não é herdeiro, não lhe sendo, por isso, reconhecido o direito de *saisine*. Entretanto, o fundamento de sua sucessão é político-social, em reconhecimento do fato da ordem jurídico-econômica ter possibilitado ao autor da herança o acúmulo patrimonial transmitido<sup>9</sup>.

Apenas recolhe a herança na falta de herdeiros. Não adquire o domínio e a posse da herança no momento da abertura da sucessão. Não havendo herdeiros, a herança torna-se latente, transformando-se posteriormente em vacante, passando então os bens ao domínio público (CC, art. 1.822; CPC, arts. 1.142 e ss.).

---

<sup>9</sup> Na ordem da vocação hereditária o Poder Público não pode renunciar.

## 5. CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COM OS DESCENDENTES

A concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido encontra-se estampado no art. 1.890, inciso I. Este dispositivo fez depender do regime de bens pelo qual o viúvo era casado com o autor da herança o fato de ser ou não herdeiro legítimo concorrente com os descendentes. Este sistema, criado pelo legislador brasileiro, não encontra paralelo em nenhuma legislação estrangeira. Contudo, em virtude da forma pela qual foi redigido o texto, surgem várias interpretações no sentido de conceder maior ou menor proteção ao cônjuge, mormente quando o regime adotado no casamento seja o da comunhão parcial de bens.

Destarte, para que se tenha a exegese exata do instituto, deduz-se que a *intentio legis* foi conceder maior proteção ao consorte após a morte do defunto. Busca-se, na verdade, tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existem bens a serem arrecadados a título de meação, de modo que se permita a este manter uma vida digna.

### 5.1. Da concorrência sob o Regime da Comunhão Universal de Bens

Como já observado, neste regime os cônjuges adotam o sistema de patrimônio único. Assim sendo, no momento da dissolução da sociedade conjugal pelo evento morte, o cônjuge supérstite receberá a sua meação, não fazendo jus a qualquer quota parte na outra metade do acervo hereditário (CC, art. 1.829, I). Considera-se, portanto, que os bens destinados a título de meação são suficientes à sobrevivência daquele<sup>1</sup>.

Assim leciona Carlos Roberto Gonçalves:

---

<sup>1</sup> “Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Sucessão legítima. Art. 1.829, I, CC/02. Concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes. Casamento no regime da comunhão universal de bens. Exclusão do cônjuge da condição de herdeiro concorrente. Ato do juiz determinando a juntada aos autos da habilitação e representação dos herdeiros descendentes. Natureza. Despacho de mero expediente. Fundamentação. Desnecessidade. A nova ordem de sucessão legítima estabelecida no CC/02 incluiu o cônjuge na condição de herdeiro necessário e, conforme o regime matrimonial de bens, concorrente com os descendentes. Quando casado no regime da comunhão universal de bens, considerando que metade do patrimônio já pertence ao cônjuge sobrevivente (meação), este não terá o direito de herança, posto que a exceção do art. 1.829, I, o exclui da condição de herdeiro concorrente com os descendentes. O ato do juiz que determina a juntada aos autos da habilitação e representação dos herdeiros descendentes tem natureza de despacho de mero expediente, dispensando fundamentação, visto que não se qualificam, em regra, como atos de conteúdo decisório. Precedentes. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.” (STJ – RMS 22.684/RJ, 07-5-2007, 3ª Turma, Rel. Min Nancy Andrighi).

[...] não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, se o regime de bens no casamento era o da comunhão universal. Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivente, pela meação adquirida, a proteção necessária. De fato, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não há razão para que seja ainda herdeiro, concorrendo com os filhos do falecido<sup>2</sup>.

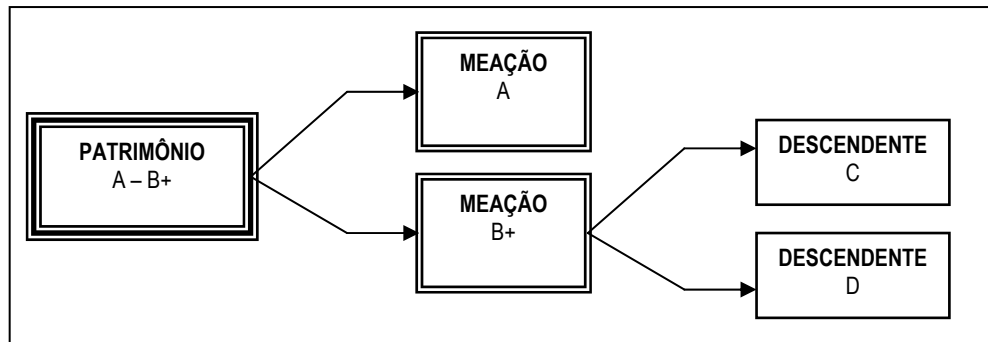


Figura 1 – Divisão do acervo hereditário sob o regime de comunhão universal de bens

## 5.2. Da concorrência sob o Regime da Separação de Bens

A lei determina nas hipóteses previstas no art. 1.641 do novo estatuto civil o regime de separação obrigatória de bens. Tal obrigatoriedade tem por finalidade impedir a confusão do patrimônio dos nubentes em determinadas situações dúbias e impeditivas estipuladas pelo ordenamento nas quais o casamento ainda assim é celebrado.

Assim sendo, quando da sucessão do cônjuge supérstite, deve-se manter a proibição que norteia o instituto. Se a lei pretende evitar a comunicação dos bens baseada numa situação de fragilidade daquele que ela visa proteger, não poderia o critério só incidir para os casos em que o casamento se dissolvesse em vida, pelo divórcio, ou nas hipóteses de separação judicial. Por óbvio que o critério também precisa prevalecer se o casamento terminar em razão do óbito de um dos cônjuges. Caso contrário estaria aberto brecha para fraudar a finalidade legal.

Para tanto, basta-se imaginar o quanto seria absurdo se uma jovem moça que casa com um velho à beira da morte tivesse direito sobre os bens se o casamento acabasse com o óbito, só não obtendo vantagem patrimonial se a sociedade conjugal ou todo o casamento fosse dissolvido em vida (pela separação ou pelo divórcio). Óbvio, assim, que a razão dessa exceção é evitar que a concorrência do cônjuge valha como válvula de escape ao artigo 1.641.

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 151.



Logo, não poderá concorrer, pois, caso contrário, estaria infringindo a concepção geral do instituto de direito de família. Desta forma, a totalidade dos bens particulares do *de cujus* será arrecadada para os seus descendentes, que a dividirá segundo frações ideais<sup>3</sup>.

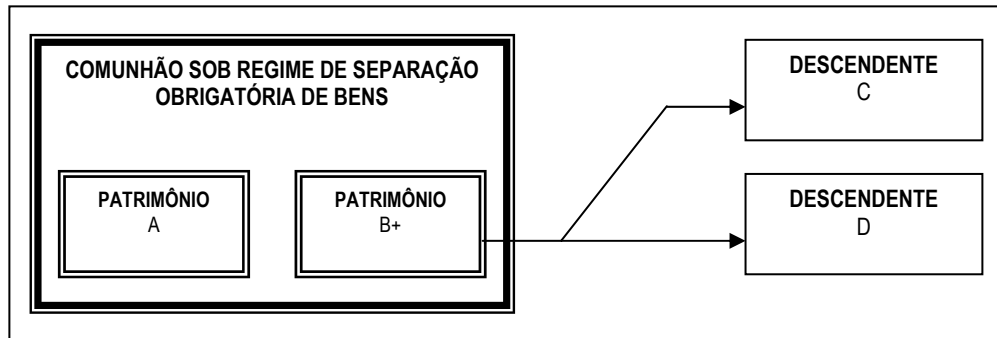


Figura 2 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da separação obrigatória de bens

Contudo, prevalecendo o entendimento contido na súmula nº 377 do STF, o viúvo possuirá direito a meação no que se refere aos bens adquiridos na constância do casamento, além, por óbvio, de concorrer com os descendentes nos bens particulares do *de cujus*.<sup>4</sup>

No caso do regime de separação convencional de bens, adotado pelos consortes por ocasião da celebração do matrimônio mediante um pacto antenupcial, sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, existirão dois acervos de bens distintos: um de propriedade do cônjuge supérstite e outro com os bens particulares do *de cujus*.

Entende-se, portanto, que os nubentes, ao optarem por tal regime, quiseram garantir a propriedade exclusiva dos bens particulares. Logo, com o falecimento de um dos consortes, já que o sobrevivente não receberá nada a título de meação, este faz jus a uma quota parte da herança em concorrência com os descendentes.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> “NÃO CONHECIMENTO, POR FALTA DE AUTENTICAÇÃO DAS PEÇAS QUE INSTRUEM O RECURSO. Conforme jurisprudência cimentada, a circunstância de documentos encontrarem-se representados por reprografia não autenticada não lhes retira a credibilidade, quando a parte contrária, como no caso, não traz elementos para infirmar-lhes o conteúdo. Inteligência dos arts. 1829, inc. I, e 1838, ambos do novo código civil brasileiro. O cônjuge supérstite casado sob o regime de separação obrigatória de bens só herda se não houver descendentes. Na falta de descendentes, herdará em concorrência com o ascendente. Em falta de descendentes e ascendentes, a sucessão é a ele deferida por inteiro.” (TJRS – AI 70006500243, 13-8-2003, 7ª Câmara Cível, Rel. Min. Luiz Felipe Brasil Santos).

<sup>4</sup> DIREITO CIVIL. REGIME LEGAL DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. AQUESTOS. SÚMULA 377. ESFORÇO COMUM. 1. A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40 (quarenta) anos, pelo regime da separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias, incide a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido neste caso, segundo entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido.

<sup>5</sup> “INVENTÁRIO - Viúva casada com o autor da herança no regime de separação convencional de bens - Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido - Inteligência do art. 1829, I, do Código Civil - Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime de casamento for o de separação obrigatória de bens - Recurso improvido.” (TJSP – AI 3134144100, 25-11-2003, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Min. Flávio Pinheiro).

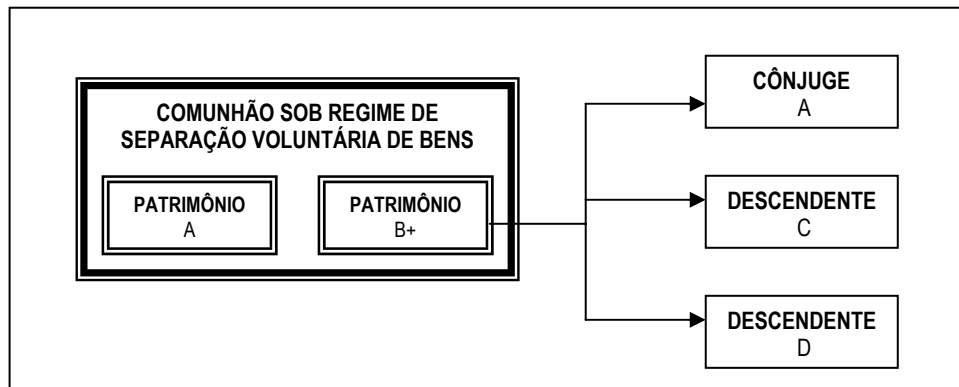


Figura 3 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da separação voluntária de bens

Cabe ressaltar, por fim, que o professor Miguel Reale manifesta-se no sentido de que não somente no regime de separação obrigatória de bens, mas também no regime de separação convencional não se daria a concorrência do viúvo com os descendentes do *de cuius*. Justifica tal entendimento afirmando que a palavra “obrigatória” não se refere ao regime de separação legal, mas que a palavra é empregada ressaltando que é “obrigatória” a distinção patrimonial sempre que o regime de bens for o da separação, quer obrigatório, quer convencional.<sup>6</sup>

*Data venia*, tal raciocínio não merece prosperar, uma vez que a menção ao regime de separação obrigatória de bens é expressa no dispositivo legal em exame, conseqüentemente torna-se difícil aceitar outra interpretação, ainda mais quando se justifica tal explicação afirmando que a separação de patrimônios é obrigatória nos casos em que há pacto antenupcial escolhendo o regime de separação de bens, já que nada impede que os cônjuges casados por este regime adquiram bens em conjunto e estabeleçam um condomínio em relação aos mesmos, havendo neste caso um patrimônio comum.

Sem falar que não se pode confundir inexistência de meação pelo fato de o regime de bens ser o de separação com eventual direito à herança em razão do óbito do cônjuge, por conseguinte o direito à herança do cônjuge não burla o regime de separação de bens como afirma o professor Miguel Reale.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. **O cônjuge no novo código civil**. In: *Intelligentia Juridica*, n. 30. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/bate-boca-html>>. Acesso em: 02 set.2008.

### 5.3. Da concorrência sob o Regime de Comunhão Parcial de Bens

A concorrência do cônjuge supérstite neste caso vem criando grande celeuma em nossos tribunais superiores e na doutrina em virtude gama variada de interpretações levantadas pelos operadores de direito a respeito da redação complexa proposta pelo inciso I do art. 1.829.

A exegese majoritária da doutrina leva à conclusão de que o viúvo tem direito à herança juntamente com os descendentes se fora casado com o falecido no regime de comunhão parcial de bens, desde que haja bens particulares do falecido.

Entretanto, diverge dessa interpretação do citado dispositivo Maria Berenice Dias quando afirma que as exceções à concorrência se dão nos regimes de comunhão universal e no de separação obrigatória, pois considera que o ponto e vírgula da parte final do inciso I secciona as idéias, de maneira que a exceção “salvo se” terminaria no regime de separação obrigatória, e a continuação “se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”, seria hipótese de concorrência com os descendentes<sup>7</sup>.

*Data venia*, a interpretação dada por Maria Berenice Dias ao inciso I do art. 1.829 do CC não é a mais correta, pois, após afirmar que o cônjuge concorre com os descendentes, o dispositivo enumera as hipóteses em que não há a referida concorrência, separando-os do texto inicial pela locução conjuntiva “salvo se”, elencando, em seguida, dois dos casos em que não há concorrência: casamento pelo regime de comunhão universal de bens e no de separação obrigatória.

Como se tratam de várias hipóteses, para separá-las, utilizou-se o legislador da conjunção “ou”, que foi repetida antes da indicação da terceira hipótese, acrescentando-se novamente a conjunção “se”. Desta forma, nota-se que os três casos indicados no referido inciso são as exceções à concorrência do cônjuge com os descendentes.

Ademais, pode-se chegar a esta conclusão a partir da análise da *intentio legis* que norteia a edição do novel estatuto civil. Como já exposto, busca-se garantir maior proteção ao cônjuge sobrevivente quando do falecimento de seu consorte por intermédio do aumento da porcentagem da herança a ele destinado, mormente nos casos em que o autor da herança deixa bens particulares que são, por óbvio, excluídos de sua meação.

---

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. **Ponto final. Art. 1.829, inciso I, do novo código civil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634>>. Acesso em: 20 set. 2008.

Assim, nos casos em que inexistirem bens particulares deixados pelo *de cuius*, não faz sentido que o viúvo concorra com os descendentes, haja vista que já herdou o patrimônio a ele destinado por lei. Cabe ressaltar que nada impede que o cônjuge supérstite seja contemplado com bens além de sua meação, bastando apenas que o falecido tenha realizado testamento válido em vida destinando uma fração ideal ou um bem individualizado ao seu cônjuge.

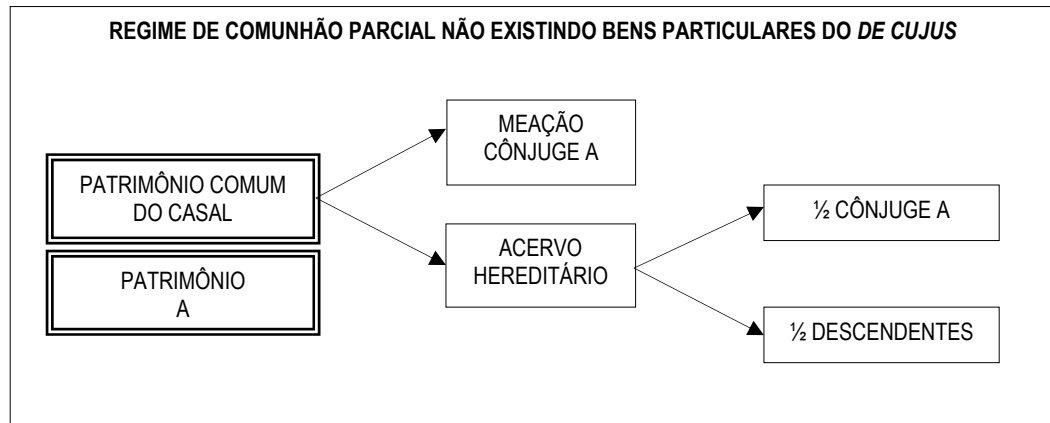


Figura 4 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da comunhão parcial não existindo bens particulares do *de cuius*

Todavia, maiores dúvidas dizem respeito sobre qual parcela patrimonial incide a herança legítima do cônjuge em concorrência com os descendentes. Pelo texto legal, em existindo bens particulares, o viúvo herda em concorrência com os descendentes. Porém não existe menção sobre quais bens o cônjuge supérstite irá concorrer.

Alguns autores anotam que, se a existência de bens particulares é o diferencial para que o cônjuge concorra com os descendentes, é sobre essa parcela do patrimônio que terá ele direito à herança. Euclides de Oliveira afirma que o direito à concorrência, neste caso, é apenas sobre os bens particulares como no caso da separação convencional de bens, pois deles o cônjuge não tem meação<sup>8</sup>.

Assim preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

O cônjuge supérstite não será chamado a concorrer na herança se casado com o falecido pelo regime da comunhão universal ou pelo regime da separação obrigatória de bens. Se o casamento tiver sido celebrado no regime de comunhão parcial, deixando o falecido bens particulares, receberá aquele a sua meação nos bens comuns adquiridos na constância do casamento e concorrerá com os descendentes apenas na partilha dos bens particulares<sup>9</sup>.

O mesmo entendimento encontra-se realçado no enunciado n° 270 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*:

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 108.

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 7. p. 28.

O art. 1829, 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 no regime da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos o falecido possuísse bens particulares, **hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. (grifo nosso)**

A interpretação acima é uniforme nos tribunais, restringindo-se o direito de concorrência do cônjuge supérstite unicamente aos bens particulares do falecido.

INVENTÁRIO - SUCESSÃO LEGÍTIMA - REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS - BENS COMUNS E PARTICULARES - VIÚVA - MEEIRA DE BENS COMUNS - HERDEIRA DE BEM PARTICULAR - ART. 1829, INC. I, CC - SENTENÇA REFORMADA. Sendo o casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial, mas deixando o falecido bens particulares, em relação a estes a viúva concorrerá com os descendentes, cada um tendo direito a frações equitativas do patrimônio, pois quanto a este o cônjuge sobrevivente não terá direito à meação, enquanto receberá somente a meação dos bens comuns, dos quais não será herdeira. Isto com base no raciocínio de que onde cabe comunhão não é cabível concorrência com descendentes, pois já teria sido beneficiada e vice-versa. (TJMG – AC 1.0024.04.463851-8/001, 06-12-2007, 5ª Câmara Cível, Rel. Min. Nepomuceno Silva).

SUCESSÃO LEGÍTIMA - Cônjuge supérstite casado com o autor da herança pelo regime legal da comunhão parcial de bens - Direito a concorrer com os descendentes, na proporção do artigo 1.832 do Código Civil, em relação aos bens próprios do falecido - Inteligência do disposto no artigo 1.829, parte final, do Código Civil - Recurso improvido. (TJSP – AI nº 537 251 4/0-00, 08-11-2007, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Min. Francisco Loureiro).

AGRAVO - INVENTÁRIO - Decisão no sentido de que a agravante somente deverá concorrer com as descendentes em relação aos bens particulares do falecido, excluindo-a da partilha dos bens adquiridos na constância do casamento, ante a adoção do regime da comunhão parcial de bens, quando da realização do matrimônio - Inconformismo - Pretensão de concorrer com as descendentes do falecido em todo o acervo hereditário - Decisão mantida - O cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes nos bens particulares, não nos comuns - Negado provimento ao recurso (TJSP – AI nº 479.172-4/8-00, 03-04-2007, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Min. Viviani Nicolau)

Percebe-se que a limitação ao direito hereditário do cônjuge supérstite aos bens particulares do falecido acima destacada não está expressa no art. 1.829, inciso I, do CC. O dispositivo não restringe a incidência como fez o art. 1.790 do CC em relação aos companheiros, ao prever que estes participarão da sucessão do companheiro falecido “quanto” aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Na hipótese do art. 1.790, há evidente limitação do direito de herdar apenas em relação aos bens mencionados na própria norma legal em razão da expressão “quanto aos”.

Maria Helena Diniz explica que, no caso do art. 1.829, inciso I, do Código Civil, a existência de bens particulares no regime de comunhão parcial de bens é mera condição para o cônjuge, que fora casado sob o regime de comunhão parcial, tenha direito de concorrer com os descendentes do falecido<sup>10</sup>. Francisco José Cahali também entende que a existência de bens

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 118.

particulares do *de cuius*, no regime de comunhão parcial de bens, é apenas um critério de convocação do cônjuge<sup>11</sup>.

Portanto, é mister que seja destacada a vontade do legislador e a contexto legal para que se tenha o real alcance da concorrência do cônjuge supérstite. Assim sendo, torna-se necessário a análise do art. 1.832 do CC que trata da divisão da herança entre o cônjuge e os descendentes do *de cuius*. Estabelece o supracitado dispositivo legal que, concorrendo com os descendentes do morto, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que herdarem por cabeça, não podendo a sua quota parte ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Vislumbra-se que o viúvo tenha direito a quinhão igual ao dos descendentes que herdarem por direito próprio, mas que sua quota parte não pode ser inferior a um quarto da “herança” se os descendentes do falecido forem também seus descendentes. Logo, é óbvio que é a concorrência incide sobre toda a herança, formada pelo patrimônio particular e a meação do morto no patrimônio comum. Caso contrário, o art. 1.832 do CC vigente estabelecerá sobre qual parte do patrimônio do autor da herança incidiria o direito seu consorte. Maria Helena Diniz corrobora tal entendimento, ensinando que o cônjuge terá direito, além de sua meação, a uma quota sobre todo patrimônio deixado pelo falecido<sup>12</sup>.

Sobre este assunto, Francisco José Cahali afirma que, se o cônjuge concorresse apenas sobre os bens particulares do defunto, este herdaria menor patrimônio do que o companheiro (este recebe os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável). Não seria razoável que a lei concedesse vantagem maior à união estável em detrimento do casamento<sup>13</sup>.

Já Ana Luiza Maia Nevares defende que a herança se transmite como um todo unitário (CC, art. 1.791). Desta forma, o cônjuge somente poderia sobre a totalidade da herança<sup>14</sup>.

Todavia, ao prevalecer o entendimento de que o direito sucessório do cônjuge supérstite em concorrência com os descendentes é apenas sobre os bens particulares do morto, no regime de comunhão parcial de bens, a norma vigente lhe será menos favorável que a do sistema anterior, pois este lhe garantia o usufruto viudal de um quarto da meação dos bens do falecido enquanto permanecesse na condição de viúvo.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 213.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 120.

<sup>13</sup> CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 213.

<sup>14</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2004. p. 14

<sup>15</sup> Direito introduzido no Código Civil de 1.916 pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1.962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

Assim sendo, pode-se citar o exemplo de um casamento regido pelo regime de comunhão parcial de bens, no qual a maior parte da massa patrimonial é formada por bens adquiridos onerosamente na constância do casamento e, portanto, comuns, não tendo os cônjuges nada herdado, nem recebido doação. Seus bens particulares são formados, de acordo com o art. 1.659 do CC, apenas por bens de uso pessoal como roupas, perfumes etc. Caso um deles faleça, o outro teria direito à metade dos bens comuns, a título de meação, e herdaria uma quota igual à dos filhos nos bens de uso pessoal do falecido, ou seja, apenas herdaria algumas peças de roupa.

Neste diapasão, os ensinamentos do Prof. Venosa:

Questão mais complexa é saber da condição de herdeiro do cônjuge, quando casado sob o regime de comunhão parcial, se o autor da herança não houver deixado bens particulares. Pode ocorrer que o *de cujus* tenha deixado apenas bens particulares de ínfimo valor, o que exigirá um cuidado maior do julgador para alcançar o espírito buscado na lei<sup>16</sup>.

Portanto, o mais sensato é considerar-se que o cônjuge deva herdar sobre a totalidade da herança em concorrência com os descendentes do defunto. Tal entendimento ampararia o cônjuge supérstite, garantindo-lhe meios suficientes para a sua sobrevivência. Além do que, seguindo a melhor técnica de hermenêutica jurídica, o intérprete não se pode restringir um direito não mencionado pelo legislador no texto legal.

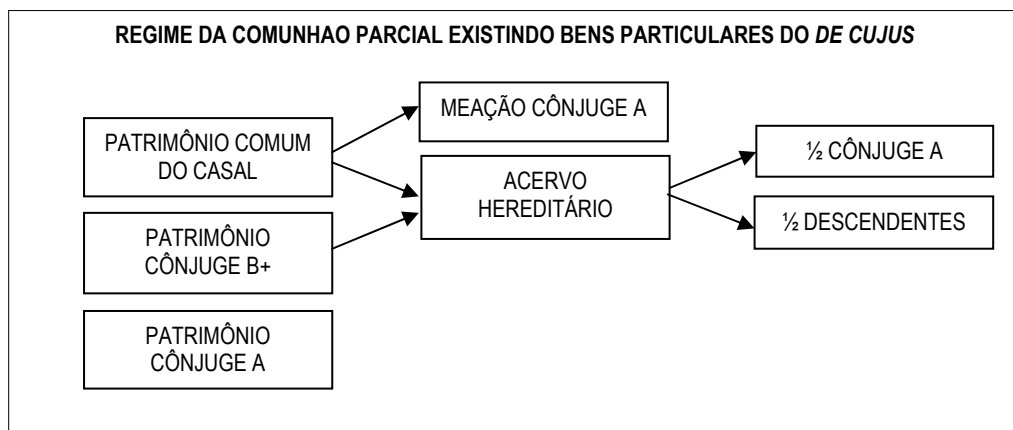


Figura 5 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da comunhão parcial existindo bens particulares do *de cujus*

Apesar de tudo exposto, a forma pela qual o dispositivo em tela foi redigido e as diversas interpretações que são cogitadas continuam criando distorções que inviabilizam a *intentio legis*, ainda que se utilize a ótica mais benéfica para com o cônjuge sobrevivente. Assim, tem-se o exemplo fornecido por Luiz Felipe Brasil Santos, desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

<sup>16</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família** - 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 129.

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 [...]. 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 cujus", 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. Não é demais frisar que a circunstância de existir um singelo bem particular – mesmo de ínfimo valor – definirá a condição de herdeiro concorrente do cônjuge não apenas sobre esse bem particular, mas sobre o total da herança. Outra não é a conclusão que se extrai do texto expresso em exame, que se reforça ainda mais com o que dispõe o artigo 1.832, que assegura ao cônjuge, quando concorrer com descendentes comuns, à quarta parte da herança [...] Como se vê, o novo regramento do direito sucessório dos cônjuges, embora se reconheça a justiça do espírito protetivo que o inspira, ostenta grande complexidade, que certamente gerará um acirramento das disputas travadas no âmbito dos inventários, com a conseqüente ampliação dos prazos para encerramento desses feitos, já hoje tão dilatados<sup>17</sup>.

Exemplificando o feixe de decisões diametralmente opostas que pode ser abstraída deste dispositivo legal, tem-se o exemplo proferido em voto pelo Ministro Francisco Loureiro, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP):

Uma leitura ligeira pode causar a falsa impressão de que havendo um só bem particular, o viúvo concorre à totalidade da herança. Pode ocorrer do autor da herança ter deixado patrimônio composto em parte por bens comuns e em parte por bens particulares, ou próprios. Basta imaginar a hipótese de alguém que tenha um patrimônio de 1.000, sendo que 500 composto de bens particulares e 500 de bens comuns. Embora não diga a lei expressamente, em tal caso o cônjuge sobrevivente apenas concorre com os descendentes na parcela dos bens particulares, ou próprios, excluídos da comunhão<sup>18</sup>.

#### 5.4. Da concorrência sob o Regime de Participação Final nos Aquestos

Alguns autores buscam explicar a concorrência do cônjuge supérstite casado sob o regime de participação final nos aquestos estabelecendo analogia entre os regimes de bens elencados no art. 1.829, inciso I, do CC.

<sup>17</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Sucessão dos Cônjuges no Novo Código Civil**. Disponível em: <[http://www.iusnet.com.br/webs/ruy\\_antunes/artigon86.cfm](http://www.iusnet.com.br/webs/ruy_antunes/artigon86.cfm)>. Acesso em 10 set. 2008.

<sup>18</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. SUCESSÃO LEGÍTIMA - Cônjuge supérstite casado com o autor da herança pelo regime legal da comunhão parcial de bens - Direito a concorrer com os descendentes, na proporção do artigo 1.832 do Código Civil, em relação aos bens próprios do falecido - Inteligência do disposto no artigo 1.829, parte final, do Código Civil - Recurso improvido. Agravo de Instrumento nº 537.251.4/0-00, de 08-11-2007. Rel. Min. Francisco Loureiro



Rui Ribeiro de Magalhães afirma que, como o regime de participação final nos aqüestos é, no que tange a dissolução da sociedade conjugal, muito semelhante ao regime de comunhão parcial de bens, e por analogia a limitação existente em relação a este deve ser aplicada também àquele, ou seja, se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares, o seu consorte não herda em concorrência com seus descendentes; no regime de participação final nos aqüestos, o cônjuge também não concorreria com os descendentes do *de cuius*, se este não tinha bens particulares<sup>19</sup>.

Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz leciona que o cônjuge sobrevivente herdará se for casado sob o regime de participação final nos aqüestos, desde que o autor da herança possua bens particulares<sup>20</sup>.

Tal linha de pensamento encontra-se inclusive estampada no Enunciado n° 270 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

O art. 1829, 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 no regime da comunhão parcial ou **participação final nos aqüestos o falecido possuíse bens particulares**, hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes. **(grifo nosso)**

Entretanto, seguindo as normas de hermenêutica jurídica, impõe-se que não seja aplicada a analogia para restringir qualquer direito. Assim sendo, como o regime em tela não foi contemplado nas exceções listadas no texto legal, sempre que casado neste regime de bens, o cônjuge terá direito a concorrer com os descendentes, sob pena de restrição do direito sucessório do viúvo, sem previsão expressa em lei.

Portanto, ao viúvo será assegurada a meação nos bens adquiridos com os esforços comuns do casal durante o casamento e os quais não devem ser objeto da concorrência. Concorre também com os descendentes, independentemente de que o autor da herança tenha deixado bens particulares, já que não existe vedação legal quanto ao regime em tela.

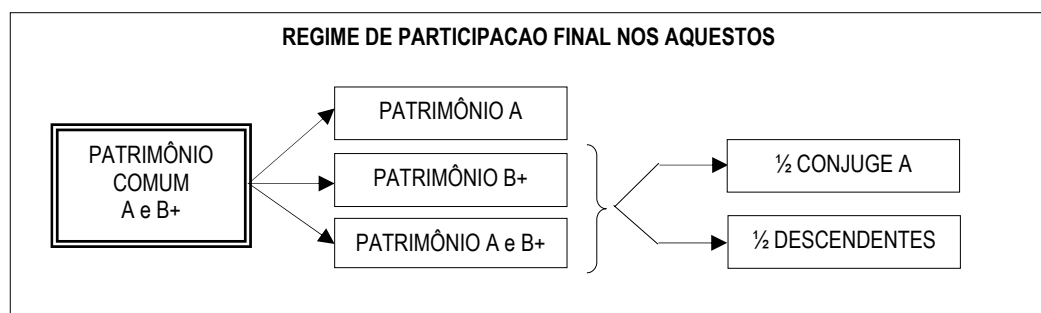


Figura 6 – Divisão do acervo hereditário sob o regime da participação final nos aqüestos

<sup>19</sup> MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 97.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 245.

### 5.5. Reserva mínima. Filhos comuns e filhos apenas do falecido

O art. 1.832 traz nova celeuma acerca da sucessão do cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes. *In verbis*:

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Acerca do supracitado texto legal, merece exame a questão se esta reserva mínima será conferida ao viúvo quando da concorrência com filhos comuns, com filhos só do falecido ou de ambos

Na primeira hipótese em que se encontram presentes apenas descendentes comuns, a solução mais adequada é a reserva da quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente. Justifica-se pela circunstância natural de que os mais velhos morrem antes dos mais novos. De tal forma, o cônjuge ao morrer retransmitiria aos descendentes comuns o quinhão que lhe coube e, portanto, eventual prejuízo seria desfeito

Em contrapartida, o mesmo não ocorreria se os descendentes fossem exclusivos do autor da herança, pois com o óbito do cônjuge eles nada receberiam, pois não são descendentes dele. Assim, não deve incidir a reserva da quarta parte da herança em prol do viúvo.

Por fim, na terceira hipótese a reserva de um quarto da herança não pode prevalecer por força de norma constitucional, que impede qualquer diferenciação entre filhos. Para tanto, deve ser levada em consideração o disposto no princípio da igualdade jurídica dos filhos, estampado art. 277, §6º da CRFB e no art. 1.596 do novo Código Civil:

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

Destarte, tal disposição conduz à interpretação de que somente importará para fins sucessórios a relação de filiação com o autor da herança e não a existente com o cônjuge supérstite. Isso porque, se a reserva mínima da quarta parte prevalecesse, ainda que os quinhões dos descendentes fossem idênticos em princípio, na verdade aqueles que também são descendentes do cônjuge sobrevivente estariam sendo beneficiados, pois no futuro herdariam do cônjuge sobrevivente, inclusive a porção a maior que ele recebeu pela garantia mínima de um quarto e isso não ocorreria com os descendentes exclusivos do autor da herança que, portanto, ficariam prejudicados. Assim, na presença de descendentes comuns e

apenas do *de cuius*, não deverá ser conferida a reserva mínima de um quarto da herança para o cônjuge supérstite concorrente.

### 5.6. Direito sucessório do cônjuge. Separação de fato

Para que o cônjuge supérstite tenha o direito de herança sobre o patrimônio do *de cuius*, é necessário que aquele preencha os requisitos previstos no art. 1.830 do novo estatuto civil, *in verbis*:

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.

Na verdade, trata-se da aplicação mediata do instituto da proteção da família contemplada na CRFB.

Na primeira hipótese, aquele que está separado judicialmente quando da abertura da sucessão, embora ainda não tenha dissolvido o vínculo matrimonial pelo divórcio, já não forma, na prática, uma família com a pessoa que faleceu. Como a família já estava desfeita desde a dissolução da sociedade conjugal, os laços concretos já não mais existiam, subsistindo apenas a ligação abstrata, ou seja, o vínculo matrimonial. Assim sendo, o Direito não protege o cônjuge sobrevivente neste caso.

O mesmo raciocínio se aplica para o cônjuge separado de fato há mais de dois anos. O prolongado período sem vida em comum é suficiente para demonstrar a falência da entidade familiar; inclusive já existe a possibilidade de obtenção do divórcio direto.

Contudo, o legislador andou mal ao permitir exceção através da prova da culpa, ou seja, o cônjuge sobrevivente que estava separado de fato há mais de dois anos terá direito sucessório demonstrar que a convivência se tornara impossível sem culpa sua. Melhor seria se a lei tivesse mantido apenas o critério objetivo (separação de fato há mais de dois anos).

Os problemas relativos à prova da culpa poderão acarretar prolongamento demasiado dos processos de inventário. Além disso, é notória a injustiça que será cometida, tendo em vista que uma das partes envolvidas – o *de cuius* – já se encontra morto, sem possibilidade de apresentar a sua versão dos fatos. Ainda, o demasiado tempo entre o início da separação e a morte de um dos cônjuges sempre trará dificuldades para a averiguação da culpa e, devido à

complexidade, parece inevitável o prolongamento demasiado do processo de inventário em prejuízo dos demais herdeiros.

## 6. CONCLUSÃO

Como pode ser observado durante o transcorrer do presente trabalho, o cônjuge paulatinamente foi erguido à posição de herdeiro necessário. A análise do direito sucessório do cônjuge desde as Ordenações Filipinas até o presente momento mostra que o vínculo conjugal vem ganhando importância em relação ao vínculo consanguíneo, principalmente nos dias atuais quando permanecer casado é uma opção e não mais uma imposição legal.

Da quarta classe na ordem de vocação hereditária, o cônjuge foi alçado, desde 1.907, à terceira, passando à frente dos parentes colaterais do falecido. Com a promulgação da CRFB, no ano de 1.988, buscou-se garantir maior proteção a entidade familiar e, conseqüentemente, idêntica proteção ao viúvo que permanecia após a morte de seu consorte.

Neste ínterim, o Código Civil de 2.002 trouxe importantes avanços na esfera do direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Acabou por traduzir em seu texto os direitos adquiridos em leis extravagantes ao Código Civil de 1.916, mormente quanto a sua participação na herança.

A grande inovação apresentada foi a alteração da ordem de vocação hereditária. Abriu-se a oportunidade de concorrência do cônjuge com os descendentes e ascendentes, desde que este preenchesse requisitos estabelecidos no texto legal. Além disso, firmou o posicionamento deste na terceira classe sucessória, em detrimento dos parentes colaterais do defunto, e o instituiu definitivamente como herdeiro necessário, não podendo ser afastado da herança por força de testamento deixado pelo falecido, já que tem direito à, no mínimo, metade da herança.

Contudo, em função da redação truncada de seus dispositivos relativos ao tema (CC, art. 1.829), inseriu profundas divergências na doutrina, o que provocou a produção de inúmeras interpretações sobre a concorrência do consorte sobrevivente, refletindo-se em decisões conflitantes em nossos tribunais superiores.

Ao estabelecer a concorrência do cônjuge com os ascendentes, o legislador foi claro, de forma que parece pacífica e sedimentada a matéria tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Todavia, o legislador não andou bem ao tratar do direito sucessório do cônjuge em concorrência com os descendentes de seu consorte, porque fez depender tal direito ao regime matrimonial de bens pelo qual eram casados.

Esse dispositivo estabelece que o cônjuge supérstite não concorra com os descendentes nos regimes de comunhão universal de bens, no de separação obrigatória e no de comunhão parcial de bens, se o autor da herança não houver deixado bens particulares. Assim, pode-se concluir que o sentido da nova lei é contemplar o cônjuge sobrevivente quando este nada receberá a título de meação.

No regime da comunhão universal, a meação garantida por lei abrange todos os bens reunidos pelo casal durante a constância do casamento. Não faria sentido realmente que este concorresse com os descendentes.

Por seu lado, o regime de comunhão parcial, quando inexistem bens particulares do *de cuius*, em muito se aproxima ao primeiro exemplo, já que todos os bens amealhados são também objeto de meação.

Em apertada síntese, o pressuposto da lei para a limitação quanto aos regimes supracitados é de que, havendo comunhão ilimitada (a qual 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 supérstite necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes, haja vista que caberá a este metade do acervo hereditário, que nada mais é a sua meação.

Com relação ao regime de separação legal de bens, este tem exatamente como objetivo impedir que em situações específicas não exista a confusão de bens entre os consortes. Admitir-se a concorrência neste caso seria um paradoxo, posto que não se permite a participação do cônjuge quando da dissolução conjugal. É de bom alvitre mencionar a existência do entendimento sumulado do STF a respeito dos bens adquiridos durante a comunhão que, *data venia*, encontra-se em sentido diametralmente oposto do desejado pelo legislador ordinário.

Depreende-se, então, que concorre com os descendentes apenas o cônjuge que se casara com falecido pelo regime de separação convencional de bens, ou pelo regime de participação final nos aquestos, ou se, no de comunhão parcial de bens, houver bens particulares do morto.

No regime da separação convencional de bens, seria incoerente que não houvesse a concorrência, haja vista que o viúvo não teria direito a meação, estando totalmente desprotegido nestes casos, e, diferentemente do que ocorre na separação legal de bens, a sua sucessão quanto aos bens do defunto não estaria burlando qualquer dispositivo legal.

Quanto ao regime da participação final nos aquestos, regime este introduzido pelo novo estatuto civil, pode-se observar que não existe qualquer menção em sentido contrário

que impeça a concorrência. Não se pode, ainda, permitir que seja aplicada a analogia para restringir um direito, conforme a melhor técnica de exegese jurídica, tentando-se justificar a não concorrência em virtude de sua semelhança com o regime de comunhão parcial de bens.

Existindo bens particulares do defunto quando este era casado sob o regime de comunhão parcial de bens, deve-se admitir a concorrência, pois o viúvo tão somente irá arrecadar bens a título de meação sobre os bens comuns do casal, não participando da sucessão dos bens particulares do *de cuius*.

Outra questão controvertida versa acerca de quais bens seriam objeto da concorrência do consorte sobrevivente: apenas os bens particulares do *de cuius* ou todos os bens que compõem a herança. Como já citado, não cabe ao intérprete restringir o que o legislador não expressamente vetou. Assim sendo, como não há qualquer menção nos dispositivos legais pertinentes, o cônjuge supérstite deve concorrer a totalidade da herança.

Além disso, entender que o cônjuge só teria direito a concorrência sobre os bens particulares deixados pelo falecido permitiria que o companheiro herdasse em melhores condições que o cônjuge, contrariando a visão constitucional que privilegia e incentiva o casamento em detrimento da união estável. Mostrando inegável preferência pela formação da família através do matrimônio, o legislador não raramente concede efeitos diversos em razão de um mesmo instituto jurídico para o casamento e para a união estável. É o que ocorre no direito sucessório, que relegou àquele que vivia em sociedade conjugal através de união estável posição jurídica normalmente inferior em relação a quem optou por constituir família através do casamento. Portanto, a concorrência sobre a totalidade dos bens da herança é a interpretação que melhor se coaduna com esta principiologia do ordenamento jurídico pátrio.

Por fim, preenchendo os requisitos legais necessários para concorrer com os descendentes do falecido, o cônjuge recebe uma quota de toda herança igual à dos que herdam por direito próprio. Contudo, tem direito a, no mínimo, um quarto da herança, se for ascendente dos descendentes com que concorrer. Não existe, no caso, restrição ao direito sucessório dos descendentes, haja vista que, quando da morte do viúvo – que se presume anterior a do descendente – estes bens que foram a ele destinados serão herdados, sem quaisquer prejuízos.

Contudo, na presença de filhos comuns e filhos somente do *de cuius*, a reserva da quarta parte da herança para o cônjuge estaria sendo inconstitucional. Seguindo-se o raciocínio acima exposto, estaria sendo privilegiados os filhos comuns do casal em detrimento dos demais, o que é expressamente vedado no texto constitucional, que não mais discrimina os filhos legítimos e os havidos fora do casamento.

De todo o exposto, pode-se concluir que a intenção do legislador ordinário foi amparar o cônjuge supérstite quando este nada recebe a título de meação. Contudo, a inadequada redação do inciso I do art. 1.829 do Código Civil abriu margem às mais diversas interpretações e deixou de garantir a tão esperada segurança jurídica. A melhor solução seria o estabelecimento de critérios objetivos para a confirmação do direito sucessório do cônjuge, abolindo-se qualquer vinculação ao regime de bens que regia a comunhão do casal. Assim, diante de entendimentos tão variados e díspares no seio da jurisprudência e da doutrina, seria aconselhável a proposição de uma nova sistemática sucessória, mediante a alteração do dispositivo legal, selando a necessária segurança jurídica.



## REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **A sucessão entre cônjuges**. Disponível em: <<http://www.correiadasilva.com.br/pdf/informativo40.pdf>>. Acesso em 28 ago. 2008.

ANTONINI, Mauro. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. Coordenador Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102644>>. Acesso em 05 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1.962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=233405>>. Acesso em 05 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.515, de 26 de setembro de 1.977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=233405>>. Acesso em 15 set. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.858, de 24 de setembro de 1.980**. Dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=126341>>. Acesso em 12 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1.990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102413>>. Acesso em 05 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1.994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=140555>>. Acesso em: 05 set. 2008

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1.996**. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=143427>>. Acesso em 03 set. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=234240>>. Acesso em 05 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1.907.** Fixa Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=58709>>. Acesso em 05 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 85.845, de 10 de janeiro de 1.981.** Regulamenta a Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980, que dispõe sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares.. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=126560>>. Acesso em 05 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 99.684, de 10 de janeiro de 1.990.** Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço FGTS. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=134351>>. Acesso em 05 nov. 2007.

CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2.002.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito das sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO NETO. Inácio. **A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil.** Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti\\_inacio.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2002/arti_inacio.pdf)>. Acesso em 02 set. 2008.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Da sucessão no novo Código Civil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4511>>. Acesso em 12 ago. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Ponto final. Art. 1829, inciso I, do novo Código Civil.** Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634>>. Acesso em 28 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **O inc. I do art. 1.829 do Código Civil: algumas interrogações.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7492>>. Acesso em 28 ago. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 6. Direito das Sucessões**, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – 5. Direito de Família**, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. V.20.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V.21.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 7.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das sucessões no novo código civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIGUEL, Frederico de Ávila. **A sucessão do cônjuge sobrevivente no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9848>>. Acesso em 28 ago. 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3ª Edição. São Paulo: Max Limonad., 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 41ª edição, revista e atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2004.

NOGUEIRA, Cláudia de Oliveira. **Direito das Sucessões. Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sucessão Legítima À Luz do Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero27/artigo07.pdf>>. Acesso em 01 set. 2008.

PATRÃO, Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves. **O valor da afetividade na tutela da diversidade familiar. A hipótese de concorrência sucessória entre o conjuge supérstite e os descendentes híbridos na partilha de bens**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11727>>. Acesso em 05 set. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. VI.

PERIN JUNIOR, Élcio. **Linguagem no direito: análise semântica, sintática e pragmática da linguagem jurídica**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=50>>. Acesso em 19 ago. 2008.

PIMENTEL, Frederico de Ávila. **A sucessão do cônjuge sobrevivente no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9848>>. Acesso em 01 set. 2008.

QUEZADO, Luís Humberto Nunes. **Manual de direitos sucessórios**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7764>>. Acesso em 05 set. 2008.

RABELLO, Fernanda de Souza. **A herança do cônjuge sobrevivente e o novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2999>>. Acesso em 10 set. 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil vol.6: Direito de Família**, 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito civil vol.7: Direito das Sucessões**, 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1967.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo código civil.** Disponível em: <[http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Luiz\\_Felipe\\_Brasi\\_%20Santos/sucessao.pdf](http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Luiz_Felipe_Brasi_%20Santos/sucessao.pdf)>. Acesso em 01 set. 2008.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado. Direito de Família, Alimentos, Bem de Família, União Estável, Tutela e Curatela.** Volume 17. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado. Direito das Sucessões.** Volume 18. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões.** 8ª edição São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito de família.** 8ª edição São Paulo: Atlas, 2008.