

A sucessão legítima dos cônjuges no ordenamento jurídico brasileiro

Marisa Schmitt Siqueira Mendes*
Denise Schmitt Siqueira Garcia**

RESUMO

O presente artigo trata da sucessão legítima dos cônjuges com as alterações ocorridas no Código Civil de 2002. Faz abordagem da evolução história do direito sucessório, dos povos primitivos, e contemporâneos. Analisa as controvérsias geradas com a inovação do Código Civil, apresentando se há possibilidade de deserdação do cônjuge; se há a existência de prazo de validade para o direito real de habitação, e ainda, se, no caso de concorrência do cônjuge com os descendentes, o mesmo concorrerá somente aos bens particulares, ou sobre a totalidade da herança.

INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa será abordada a Sucessão Legítima dos cônjuges no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Tem como objetivos específicos identificar os aspectos históricos e contemporâneos do direito sucessório; analisar as modificações sofridas no direito sucessório no que tange a sucessão dos cônjuges, e por fim, tratar da concorrência do cônjuge com descendentes com base nessas alterações sofridas.

O método ser utilizado é o indutivo, na fase de tratamento de dados será o cartesiano e, dependendo do resultado das análises, no relatório da pesquisa pode ser empregada a fase indutiva e/ou outra que for mais indicada.

Portanto, na primeira fase do artigo, será feito um estudo sobre a evolução história do direito sucessório, demonstrando como ocorria a transmissão de patrimônio naquela época.

Na segunda fase, será abordado acerca das controvérsias geradas pela alteração do Código Civil de 2002 em relação aos cônjuges.

A primeira controvérsia será analisada em relação aos artigos 1962/1963 do Código Civil, onde os legisladores ficaram inertes ao deixar de mencionar se há possibilidade de o cônjuge ser deserddado.

A segunda controvérsia será em relação da existência ou não de prazo de validade para direito real de habitação dado ao cônjuge, pois conforme o artigo 1.831 do Código Civil, não há nada expresso no mesmo.

A terceira e última controvérsia a ser analisada será em relação ao artigo 1829, inciso I, pois mais uma vez os legisladores ficaram inertes ao deixar de estabelecer se há concorrência do cônjuge com os descendentes, será em relação somente aos bens particulares, ou se poderá ser feita a concorrência sobre a totalidade da herança.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Evolução histórica do Direito Sucessório vem acontecendo desde o aparecimento dos povos primitivos, representado por crenças religiosas, pois é com base na religião que a humanidade primitiva vivia.

No Código de Hamurabi apresentado no II milênio a.C, havia previsão legal do direito sucessório, ante a necessidade de regramento para transmissão de patrimônio aos sucessores.

Versava ainda sobre matrimônio e família, delitos contra a ordem de família, contribuições e dotações nupciais.[3]

Outro Código que tratou do tema foi o Código de Manu do século XI a.C, com 115 artigos os quais abordavam temas sobre partilha e sucessões, e versavam sobre matérias já transcorridas no Código de Hamurabi, e outros tratavam de assuntos diferentes, trazendo inovações para o Regramento Jurídico da época. [4]

No Código de Manu, vários foram os artigos que regraram o direito sucessório dentre eles a importância e o privilégio do filho mais velho, devendo ele ser o titular de todo o patrimônio deixado por seus pais, desse modo, os irmãos mais novos ficavam tutelados a ele. [5]

E ainda, apresentava a hipótese de não lhe ser concedido um filho homem, trazendo a incumbência de sua filha lhe ceder um descendente do sexo masculino como dispõe o artigo 538:

ART. 538 - Aquele que não tem filho macho pode encarregar sua filha da maneira seguinte, de lhe criar um filho, dizendo: que o filho macho que ela puser no mundo se torne meu e cumpra em minha honra e cerimônia fúnebre .[6]

Há dispositivos, que tratam da sucessão da mulher casada sem descendentes, conforme descrito:

Se o casamento foi realizado “segundo os modos de Brama, dos Deuses dos Santos dos Músicos Celestes ou dos Criadores, - devêm os bens voltar aos seu marido”. Se, todavia, o

casamento foi realizado “segundo o modo dos maus gênios, a partilha recai nos seus ascendentes”. [7]

Assim sendo, as interpretações da herança da jovem mulher casada, será feita conforme a celebração do casamento.[8]

Estão elencados no Código de Manu, dispositivos que tratam da proibição sucessória, bem como um remédio jurídico para tal proibição, quais sejam:

ART. 612 – Os eunucos, os homens degraçados, os cegos e surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados, não são admitidos a herdar.

ART. 614 – Se algumas vezes, dá na fantasia ao eunuco e aos outros de se casarem e terem filhos, a mulher de eunuco tendo concebido então de um outro homem, - segundo as regras prescritas, esses filhos são aptos a herdar. [9]

Cumprido destacar, no Código de Manu o “caso de partilha dos bens do irmão mais velho, pelos outros irmãos, quando eles, vivendo em comum “ se aplicam aos estudo da ciência sagrada” [10]

A Lei das XII Tábuas, também serviu de grande valia para o direito sucessório, onde foram construídos princípios jurídicos gerando vantagens para os legisladores romanos do ano de 300 como:

XVI – A filha não é somente herdeira do pai, mas também do marido.

- Não será admitido à herança legítima o filho nascido depois de dez meses da morte do pai.[11]

Outro tema trazido pela Lei das XVI Tábuas, estava descrito na Tábua V, o qual tratava da tutela hereditária estabelecendo que:

Tábua V – De haereditibus et tutelis – Da tutela Hereditária – é uma afirmação inicial da clarividência jurídica romana, excepcionada nesta pertinência em relação à mulher. Em sua primeira disposição, declarava-se a mulher em tutela perpétua, exceto as vestais que também ficava libertas do pátrio poder. Explica, mais uma vez, Warnkoenig que tal proibição fundamentava-se “não só por causa da fraqueza do sexo, mas também pela ignorância das coisas forenses”, sendo-lhes, assim, vedada “a gerência dos negócios de direito civil”. Entretanto, essa restrição foi sendo remediada pela futura legislação, até que as mães e as avós pudessem exercer esse encargo legal. [12]

Por fim o Alcorão, o qual estabelece “direito de herança, fixando uma percentagem para os herdeiros necessários”, e ainda, “(...) atribuí-la no momento da partilha, levando em consideração a qualidade dos bens”. [13]

O Alcorão não fugiu da regra dos outros Códigos apresentados anteriormente, em relação à valorização dada ao filho homem, e apresenta em seu versículo 12 a linha sucessória:

- Os filhos herdarão o duplo das filhas; duas filhas herdarão dois terços do monte; uma única filha herdará a metade; o pai e a mãe do de cujus herdarão uma sexta parte dos bens, caso sobreviva um filho único; não havendo prole, os ascendentes terão a herança, sendo que a genitora perceberá uma terça parte; se existirem irmãos, a mãe terá uma sexta parte.[14]

Trouxe amparo às irmãs, quando o inventariado não deixar filhos atribui-se a metade da herança.[15]

O direito mulçumano admite o testamento de forma aberta ou cerrada, sendo que o Alcorão possui dispositivo que trata dos procedimentos da abertura do testamento.

Por derradeiro, nos países que possuem influência maometã conceitua-se testamento como: “É um ato pelo qual uma pessoa constitui, sobre uma terça parte de seus bens, um direito, que tem efetivação depois de sua morte, com a designação de quem lhe dê cumprimento”. [16]

A seguir, será tratado sobre a evolução do direito sucessório dos povos gregos e romanos com base na Obra Cidade Antiga, escrita por Fustel de Coulanges.

O primeiro destaque apresentado na Obra Cidade Antiga, foi “Crenças sobre a alma e sobre a morte” [17]

Em suma, nessa primeira fase se tratava da valorização dos ritos fúnebres, ante ao enterro do corpo, os quais deveriam ser revestidos de fórmulas e cerimônias que eram entregues diante do túmulo, para que o morto pudesse saciar sua fome.

A segunda fase foi denominada por “O culto dos mortos”, demonstrando a imposição da oferta de refeição fúnebre às mortes.

Estabelecia que: “Esta religião dos mortos parece ter sido a mais antiga entre os homens. Antes de conceber e adorar a Indra ou Zeus, o homem adorou os seus mortos; teve medo deles e dirigiu-lhes preces” [18]

A terceira etapa ficou conhecida como “o fogo sagrado”, sendo que: “Toda cada de grego ou romano abrigava um altar, sobre ele deveria haver sempre cinzas e brasas”(…) o vesta; o nome era o mesmo tanto em latim como em grego e, na linguagem e raiz comum designava o altar”. [19]

O fogo sagrado deveria seguir sempre acesso e em continuidade, pois era a maneira de se manifestar a ordem sucessória da época.

Entende-se, que: “Esta religião nem sempre foi igualmente poderoso, com a mesma influência pouco a pouco se enfraqueceu, mas nunca que desaparece inteiramente”. [20]

Outra religião apresentada foi a “Religião Doméstica”, sendo que: “Para esta religião doméstica não existiam nem regras uniformes, nem ritual comum. Cada Família gozava desse respeito da mais completa independência” [21]

É destaque nessa época:

Com isso, (...) a regra é que o culto doméstico passasse sempre de varão para varão, a mulher só participava nesse culto por intervenção de seu pai ou de seu marido e depois da morte, não recebia a mesma parte que o homem no culto e nas cerimônias do reposto fúnebre. [22]

A sucessão de patrimônio era manifestada pelos povos antigos através da sucessão de religião, sendo este o principal elemento constitutivo da família, sendo que, com o decorrer dos tempos, o direito sucessório passou ter maior presença entre os antigos, demonstrando regras, dentre elas:

A primeira é que sendo religião doméstica, como já visto, hereditária, de varão para varão a propriedade também o era. Assim, sendo o filho natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisto está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há mais poderoso sobre as almas. O que faz com que o filho herde não é a vontade do pai. O pai não tem a necessidade de fazer testamento; o filho herda de seu pai de pleno direito, ipso jure heres existit, no dizer do jurisconsulto. É mesmo herdeiro necessário heres necessarius. O filho não tem de aceitar nem de recusar a herança. A continuação da propriedade, como a do culto, é para ele uma obrigação e um direito. Queira ou não cabe-lhe a sucessão qualquer que possa ser, mesmo com encargos e dívidas. O benefício do inventário e o benefício de desistência não são admitidos, no direito grego, para os filhos; é só bem mais tarde foram introduzidos no direito romano. [23]

Estabeleceu como regra que “(...) o culto se transmitisse de varão para varão e vai de regra que a herança seguisse a mesmo caminho.” [24]

Com isso:

(...) colocava a filha em situação muito inferior à do filho, como consequência natural e inevitável dos princípios aprovados nos espíritos pela religião”, e ainda “(...) a filha não era considerada a herdar (...)”, sendo que “(...) a filha única considerava-se como intermediária pela qual a família podia continuar. [25]

A sucessão colateral também aparece em ordem sucessória, sendo que conforme a Lei de Atenas: “se um homem morre sem filhos, o herdeiro o irmão do falecido, desde que o irmão consanguíneo, na falta dele, o filho do irmão: porque a sucessão passa sempre aos varões e aos descendentes dos varões”. [26]

Os efeitos da emancipação e adoção, estão presentes nos povos gregos e romano, pois desde aquela época era admitido de que o filho adotivo, herdasse os bens e continuasse o culto de sua família adotante e que o filho emancipado fosse excluído da herança.[27]

Sabendo que as heranças religiosas eram base para o direito sucessório, o testamento não era admitido, mas nem totalmente desconhecido, sendo que para sua prática eram exigidos grandes formalidades. [28]

Por fim, destaca-se a importância do filho primogênito, sendo ele o herdeiro principal, bem como continuador do culto de suas famílias. [29]

Dessa breve consideração histórica destaca-se a presença do Direito Sucessório datado de muito tempo, onde havia o cultivo da alma, do corpo e conseqüentemente a transferência de patrimônio e religião.

2. QUESTÕES CONTROVERTIDAS NO DIREITO SUCESSÓRIO DOS CÔNJUGES

Com a atualização do Código Civil em 2002, várias foram as inovações apresentadas em nosso Ordenamento Jurídico.

O Direito Sucessório trouxe alterações em alguns artigos, gerando controvérsias que serão abordadas a seguir, com enfoque no Direito sucessório dos cônjuges.

A primeira questão controvertida a ser analisada, é em relação à exclusão do herdeiro por deserdação, pois o Código Civil prevê a exclusão dos herdeiros necessários, que conforme o artigo 1845 são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Ademais importante destacar que o instituto de deserdação tem o objetivo de evitar que pequenas ofensas sem gravidade ou mesmo eventuais animosidades que autorizassem o testador a afastar da sua sucessão um ente menos querido.

Assim sendo, o Código Civil estabelece nos artigos 1962 e 1963 as hipóteses de casos de deserdação:

Art. 1962 – Além das causas mencionadas no artigo 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I – ofensa física;

II – injúria grave;

III – relações ilícitas com a madastra ou com o padastro;

IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1963 – Além das causas mencionadas no artigo 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes por seus descendentes:

I – ofensa física;

II – injúria grave;

III – relações ilícitas com a madastra ou com o padastro;

IV – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Acontece que os legisladores ficaram inertes ao tratar da deserdação dos cônjuges, sendo que somente trataram da autorização da deserdação dos descendentes por seus ascendentes e da deserdação dos ascendentes pelos descendentes, nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil.

Sendo assim resta dúvida se os cônjuges também podem ser deserdados ou o legislador quis abarcar somente os descendentes e ascendentes para essa forma de exclusão.

Várias são as polêmicas apresentadas sobre o assunto, dentre as quais, são oportunas as palavras de Silvio Venosa:

A deserdação é a única forma que tem o testador de afastar de sua sucessão os herdeiros necessários, descendentes e ascendentes, no sistema de 1916. O cônjuge também, no sistema do mais recente Código, pois este é herdeiro necessário, sob determinadas condições. [30]

Mário Luiz Delgado, também possui entendimento da possibilidade de deserdação do cônjuge, conforme:

(...) a omissão do legislador não traz prejuízos, sendo que a solução é facilmente encontrada dentro do próprio sistema do Código Civil. É que as hipóteses de deserdação não se restringem àquelas previstas nos art. 1962 e 1963, mas também abrangem todas as causas pelas quais os herdeiros podem ser excluídos da sucessão. (...) A incidência daquelas regras não representa aplicação analógica mas interpretação literal e restrita do art. 1961.[31]

Na análise de Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, o entendimento é contrário, estabelecendo que:

(...) outras situações são catalogadas nos artigos 1962 e 1963 do NOVO CÓDIGO CIVIL, para deserdação dos descendentes ou ascendentes do autor da herança. Nota-se a expressa referência legal a essas espécies de herdeiros, sem a inclusão do cônjuge, dessa forma, somente pode ser deser dado pelas causas que permitem a exclusão da sucessão por indignidade[32].[33]

Na mesma linha de raciocínio Giselda Hironaka, apresenta como herdeiros necessários passíveis de deserdação os ascendentes e descendentes, ficando excluídos de tal hipótese os cônjuges.[34]

Como delineado acima, Arnaldo Rizzardo menciona:

Primeiramente, examinam-se as comuns, ou aquelas que também servem para a indignidade, e que justificam a deserdação para descendentes e para ascendentes, as únicas categorias de herdeiros necessários deserdáveis, já que não instituída uma relação para a deserdação do cônjuge[35]

E ainda, Mário Delgado cita Carvalho Neto:

Não sendo possível a aplicação de analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges. Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserddado.[36]

Desse modo, o entendimento dominante sobre o assunto, é de que não seja incluído o cônjuge como passível de deserdação, pois não consta diretamente expresso nos artigos 1962 e 1963, não podendo ser feito a interpretação por analogia, e mesmo porque, caso o autor da herança tenha que chegar ao ponto de querer excluir seu cônjuge melhor seria a separação judicial.

A segunda questão controvertida é em relação ao art. 1831 do Código Civil, que trata do Direito Real de Habitação em relação ao cônjuge sobrevivente, pois nesse artigo resta dúvida se existe prazo de validade para que o cônjuge continue residindo no imóvel ou se no caso dele constituir nova união seja advinda do casamento ou da união estável, perderia esse direito.

ART. 1831 - Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. [37]

Antes da análise, importante é o conceito de Direito de Habitação, qual seja:

O Sistema protege o cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe direito de habitação no único imóvel que compõe a herança e sirva de residência para a família. O que se pretende é evitar que eventual partilha dos bens possa privar o sobrevivente de morar com a mesma dignidade de que desfrutava durante a constância da sociedade conjugal. A cautela do legislador tem a finalidade de evitar o desamparo do cônjuge supérstite[38]

Da análise desse preceito legal destaca-se que para que o cônjuge supérstite adquira o direito real de habitação independe o regime matrimonial que este estiver casado, a exigência é de que seja o único bem de natureza residencial, podendo o autor da herança ter

deixado vários bens imóveis e se somente um desses servia de residência com relação a este terá direito de continuar morando.

Vislumbra-se que não houve manifestação se haveria ou não um prazo para a validade desse direito e justamente aí esta contida a controvérsia que vem analisada por vários juristas.

Desse modo Cahali, entende que:

A Habitação deferida em favor do viúvo é um direito personalíssimo e resolúvel, extinguindo-se com a morte do titular (...) Na amplitude da ocupação contida no direito real de habitação, faculta-se ao beneficiado, inclusive, ali constituir nova família, através de casamento ou união estável, pois não foi renovada a restrição contida na legislação revogada, condicionando o exercício desse benefício ao estado de viuvez. [39]

Garcia também se manifesta sobre assunto com a mesma linha de raciocínio, considerando que não havendo expresso no artigo o prazo de validade do direito real de habitação, há possibilidade do viúvo(a) constituir novo casamento ou união estável, sendo que, o direito somente se extingue com a morte do cônjuge sobrevivente. [40]

A propósito, são oportunas as palavras de Arnaldo Rizzardo sendo que:

Outrossim, tem caráter personalíssimo o direito, não se transferindo a outros herdeiros. A destinação é específica, com a utilização exclusiva para a habitação. (...) Convém acrescentar que, ao contrário do Código revogado, não desaparece o direito se o cônjuge convolar novas núpcias, ou se unir estavelmente com outra pessoa.[41]

Assim sendo, os doutrinadores baseiam-se para interpretação desse artigo, o direito personalíssimo dado ao cônjuge sobrevivente em relação ao direito real de habitação, não podendo este, em maneira alguma fazer a transferência a outros herdeiros, nem fazer a locação dessa residência, estabelecendo a possibilidade do cônjuge contrair novas núpcias ou até mesmo união estável, sem lhe ferir tal direito.

Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim consideram não ser mais adequado à utilização da condição do estado de viuvez para ser titular do direito real de habitação, pois este é possível mesmo quando o cônjuge já tenha uma relação estabelecida. [42]

A terceira controvérsia que será analisada é em relação ao artigo 1829 inc. I do Código Civil, que trata da possibilidade de concorrência do cônjuge com os descendentes.

O legislador apresenta como requisito para que exista a concorrência do cônjuge com os descendentes o regime de casamento adotado pelo casal.

Sendo assim com base no inciso I do artigo 1829 inexistente concorrência dos cônjuges com os descendentes se este for casado com o falecido no regime da comunhão universal, no

regime de separação obrigatória de bens, ou ainda, pelo regime de comunhão parcial, desde que não tenha deixado bens particulares.

Convém lembrar que o regime de separação total de bens é dividido em dois tipos de regime, o obrigatório e o convencional. O obrigatório é decorrente de lei com base nas hipóteses do artigo 1641[43] do Código Civil e o convencional decorrente da escolha dos cônjuges, sem qualquer obrigação.

Outro destaque importante também é de que no regime de Comunhão parcial de bens são partilhados todos os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, e aqueles bens adquiridos antes do casamento e os adquiridos na constância de forma gratuita são bens particulares do cônjuge.

O Código Civil no artigo 1659 do Direito de Família, apresenta a relação de bens passíveis de exclusão da herança no caso do casamento ser celebrado no regime comunhão parcial de bens.

Art. 1659 – Excluem-se da comunhão:

I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub- rogação dos bens particulares;

III – As obrigações anteriores ao casamento;

IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Dessa forma, o cônjuge sobrevivente poderá concorrer com os descendentes se for casado no regime de participação final dos aqüestos[44], separação convencional de bens e se casado no regime de comunhão parcial de bens o falecido tiver deixado bens particulares, que seriam os descritos no supramencionado artigo.

Assim sendo, a dúvida gerada para interpretação do inciso I do artigo 1829, é em relação à concorrência surgida no caso do regime de comunhão parcial de bens, se o cônjuge sobrevivente teria direito a concorrer com a totalidade da herança ou se concorreria somente com a herança decorrente dos bens particulares.

Para Venosa, o entendimento é de que somente ocorrerá concorrência sobre os bens particulares: “Assim, nessa conclusão, que parece mais lógica, somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação nos bens particulares”. [45]

Na mesma linha de raciocínio Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, manifestam-se:

(...) por critério de adequação ao sistema jurídico sucessório, partindo-se do pressuposto de que o direito à comunhão dos bens exclui a participação na herança sobre os mesmos bens, cabe interpretar que, na hipótese de casamento sob o regime da comunhão parcial, o cônjuge fica excluído da herança se não houver deixado bens particulares do de cujus, por se tratar de situação análoga à do regime da comunhão universal de bens. Havendo, no entanto, bens particulares, o cônjuge viúvo passa a concorrer com os descendentes em quota sobre aqueles bens (e não sobre a totalidade da herança, como poderia parecer da confusa redação do artigo em comento). [46]

E ainda, Delgado e Alves, lecionam o mesmo entendimento a respeito da matéria:

A contrario sensu, haverá o direito de concorrência se estavam casados no regime da comunhão parcial e o falecido possuía bens particulares, vale dizer, bens não integrantes do patrimônio comum, formado a partir do casamento. Nessa última hipótese, o cônjuge concorrerá com os descendentes no que tange aos bens particulares. O quinhão hereditário correspondente à meação será repartido exclusivamente entre os descendentes. Essa foi a mens legis, ou seja, tratando-se do regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge somente será sucessor nos bens particulares. [47]

Há a existência de uma posição acolhida pela III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, no período de 1º a 3 de dezembro de 2004, estabelecendo que:

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

Ronconi também se manifesta:

Desta feita, observa-se que a forma mais justa da participação do cônjuge no Regime de Comunhão Parcial de Bens, em havendo bens particulares e bens comuns a serem partilhados, no caso de morte de um dos cônjuges, é o estabelecimento da participação do cônjuge supérstite em dois momentos distintos: no bem particular, o cônjuge supérstite participa em concorrência com os descendentes em quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça; no bem decorrente de aquesto, não haveria participação do cônjuge na metade do bem deixado pelo de cujus. [48]

Para a Desembargadora Maria Berenice Dias, a interpretação é até mais ousada que as demais, pois segundo esta jurista só haverá a concorrência se o cônjuge sobrevivente for casado no regime de comunhão parcial de bens e o falecido não tiver deixado bens, conforme relata:

Quando o regime é o da comunhão parcial de bens e não existem bens particulares, significa que todo acervo hereditário, foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção mútua colaboração em sua formação, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos da herança. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que participe o cônjuge desse acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente a herdar parte do patrimônio quando da morte do par. [49]

Assim sendo, a discussão neste sentido são valorizadas por doutrinas que fundamentam opinião contrária as interpretações acima ventiladas, explicando outra hipótese para concorrência, ou seja, a abrangência sobre a totalidade da herança, e não somente aos bens particulares.

Cahali menciona nesse sentido que:

Porém, como apresentado no texto, sem referência a esta incidência da herança, apenas sobre o acervo individual, tem para nós que a regra estabelece um critério de convocação, se preenchidos os seus requisitos, para concorrer na universalidade do acervo. Aliás, entendimento diverso levaria uma significativa vantagem à sucessão decorrente da união estável, pois nesta defere ao viúvo o quinhão sobre bens já integrantes de eventual meação. E na maioria das vezes, a parcela significativa do acervo hereditário forma-se exatamente na constância do casamento ou da união.

Convocado o cônjuge, terá direito a uma parcela sobre toda a herança, inclusive recaindo o seu recaindo o seu quinhão também sobre bens nos quais eventualmente já possui meação. [50]

Nas palavras de Denise S.S. Garcia:

A concorrência será na totalidade da herança e não somente com os bens particulares, pois essa ressalva contida no artigo é tão somente um requisito para dizer se o cônjuge pode ou não concorrer juntamente com os descendentes, podendo receber já com esses, parcela da herança deixada.[51]

Delgado cita Diniz que traça uma corrente com base do princípio de indivisibilidade da herança, estabelecendo que:

Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime de separação convencional de bens ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do de cujus.[52]

Desta feita, diante de todos os argumentos apresentados pelos doutrinadores, observam-se duas hipóteses a serem defendidas em relação à concorrência do cônjuge com os descendentes.

A primeira corrente é de que o cônjuge sobrevivente somente participará da concorrência com os descendentes em relação aos bens particulares deixado pelo de cujus, sendo que, o restante da herança por não se tratar de bens particulares será herdado somente pelos descendentes.

A segunda corrente, a mais questionável, é de que o cônjuge concorrerá com os descendentes, em relação à totalidade da herança, sem que seja feita a divisão dos bens particulares deixados pelo de cujus.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com essa pesquisa uma explanação acerca do desenvolvimento do Direito Sucessório, bem como, as controvérsias geradas nos artigos do Código Civil que tange ao direito sucessório do cônjuge.

Pode-se observar que muito antes de Cristo, já havia preceito legal quanto ao direito sucessório, os quais eram apresentados dentro dos Códigos de Manu, Hamurabi, Leis das XII Tábuas e no Alcorão, manifestados pela valiosidade dado ao filho homem em ser o principal herdeiro da família.

Nos povos gregos e romanos, a sucessão era realizada através das religiões sendo este o principal elemento da família, os quais se manifestavam através das crenças sobre a alma e sobre a morte, do culto dos mortos, do fogo sagrado e da religião doméstica.

A primeira controvérsia apresentada em relação aos artigos 1962 e 1963 do Código Civil em relação à possibilidade do cônjuge ser deserddado, o entendimento dominante sobre o assunto, é de que não seja incluído o cônjuge como passível de deserdação, pois não consta diretamente expreso nos artigos, não podendo ser feito a interpretação por analogia, e mesmo porque, caso o autor da herança tenha que chegar ao ponto de querer excluir seu cônjuge melhor seria a separação judicial.

A segunda questão controvertida em relação ao art. 1831 do Código Civil entende-se que não existe prazo de validade para o direito real de habitação dada ao cônjuge sobrevivente, sendo um direito personalíssimo extinguindo-se com a morte.

A terceira e última controvérsia, foi tratada em relação ao inc. I do art. 1829 do Código Civil, sendo que a forma mais justa para a participação do cônjuge com os descendentes será pela totalidade dos bens deixados pelo de cujus e não somente pelos bens particulares.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. São Paulo: Ícone, 2001.

AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides. Inventário e partilhas. Direito das sucessões. 19 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2005.

BRASIL, Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. Curso avançado de direito civil. Volume 6: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. São Paulo: Martin Claret, 2001.

DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figuerêdo. Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. v.3. São Paulo: Método, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Ponto-e-Vírgula. Jus Navegandi, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4177>. Acesso em 04/03/04

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Direito sucessório do cônjuge na sucessão legítima no Ordenamento jurídico brasileiro. Anais da semana de Divulgação Científica do Curso de Direito – CEJURPS. Itajaí: UNIVALI, 2004.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. Curso avançado de direito civil. Volume 6: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JUNIOR, Nelson Nery. Código Civil Anotado. Comentários ao CC e leis extravagantes. São Paulo: RT, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RONCONI, Diego Richard. O regime da comunhão parcial de bens na dissolução por morte. Afinal, como fica quando o cônjuge concorre com descendentes?. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 392, 3 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5511>>. Acesso em 03 ago.2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Notas:

[3] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. São Paulo: Ícone, 2001. 47 p.

[4] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p.75

[5] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p.75/76

- [6] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p.77
- [7] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p.78
- [8] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p.78
- [9] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p.78
- [10] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p. 78
- [11] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p.86/95
- [12] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p. 95
- [13] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p. 139
- [14] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p. 139
- [15] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p. 139
- [16] ALTAVILA, Jayme. Origem dos direitos e dos povos. 2001, p. 140
- [17] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 14
- [18] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 26
- [19] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 26/33
- [20] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 36
- [21] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 41
- [22] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 43
- [23] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 79
- [24] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 80
- [25] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 85
- [26] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 86
- [27] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 87
- [28] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 88/89

- [29] COULANGES, de Fustel. A Cidade Antiga. 2001, p. 90
- [30] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 317
- [31] DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figuerêdo. Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. v.3.São Paulo: Método, 2005, p. 424.
- [32] Indignidade trata-se de uma outra forma de exclusão de herdeiros legítimos, testamentários e legatários que possui causas diversas das previstas para a deserdação.
- [33] AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides. Inventário e partilhas. Direito das sucessões. 19 ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 2005, p.53
- [34] HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. Curso avançado de direito civil. Volume 6: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.368
- [35] RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 531
- [36] DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figuerêdo. Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. v.3.São Paulo: Método, 2005, p. 423.
- [37] BRASIL, Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- [38] JUNIOR, Nelson Nery. Código Civil Anotado. Comentários ao CC e leis extravagantes. São Paulo: RT, 2002, p. 806
- [39] CAHALI, Francisco José. Curso avançado de direito civil. Volume 6: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.218
- [40] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Direito sucessório do cônjuge na sucessão legítima no Ordenamento jurídico brasileiro. Anais da semana de Divulgação Científica do Curso de Direito – CEJURPS. Itajaí: UNIVALI, 2004.
- [41] RIZZARDO, Arnaldo. Direito das sucessões. 2005, p. 205.
- [42] AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides. Inventário e partilhas. 2005, p.108
- [43] Destaca-se nesse momento que no inciso I artigo 1829 esta incorreta a referência do artigo 1640 Parágrafo único para identificar separação obrigatória de bens, sendo que o correto é o artigo 1641.
- [44] No regime de comunhão parcial dos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, (bens que cada cônjuge possuía ao casar, e os por ele adquiridos, a qualquer título, na

constância do casamento), que lhe cabe é que na época da dissolução da sociedade conjugal, o direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

[45] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. 2003, p. 144

[46] AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides. Inventário e partilhas. Direito das sucessões. 2005, p.97.

[47] DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figuerêdo. Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. 2005, p. 433/434

[48] RONCONI, Diego Richard. O regime da comunhão parcial de bens na dissolução por morte. Afinal, como fica quando o cônjuge concorre com descendentes?. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n 392, 3 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5511>>. Acesso em 03 ago.2004.

[49] DIAS, Maria Berenice. Ponto-e- Virgula. Jus Navegandi, Teresina,a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4177>. Acesso em 04/03/04

[50] CAHALI, Francisco José. Curso avançado de direito civil. 2003, p.213

[51] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Direito sucessório do cônjuge na sucessão legítima no Ordenamento jurídico brasileiro. Anais da semana de Divulgação Científica do Curso de Direito. 2004, p. 22.

[52] DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figuerêdo. Questões controvertidas no direito de família e das sucessões. 2005, p. 434

*Acadêmica do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais da UNIVALI.

**Professora de Direito Civil (sucessões) e Direito Processual Civil. Especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Ciência Jurídica.

Mendes, Marisa Schmitt Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A sucessão legítima dos cônjuges no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1538>. Acesso em 11/10/06.