

A nova disciplina do cônjuge no direito das sucessões

Carlos Bruno Campos Rocha Bomfim *

1. Introdução. 2. Breve histórico. 3. Os direitos sucessórios do cônjuge à luz da Constituição Federal de 1988 4. Cônjuge meeiro e/ou cônjuge herdeiro. 5. O cônjuge como herdeiro necessário. 6. O cônjuge na nova ordem de vocação hereditária. 7. Critério de convocação. 8. Legitimidade sucessória do consorte. 9. Critério de divisão. 9.1 O cônjuge concorrendo com descendentes. 9.2 O cônjuge concorrendo com ascendentes. 9.3 O cônjuge na 3ª classe. 10. O direito real de habitação e o usufruto vidual. 11. Conclusão. 12. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Mal iniciamos o milênio e o novo Código Civil Brasileiro já completou três anos de vigência em 11 de janeiro de 2006. É evidente que esses anos passados não são suficientes para dizermos com segurança quais os entendimentos que já se estabilizaram. Excluindo as matérias que já gozavam de estabilidade sob a égide do antigo Código Civil, nenhum posicionamento, seja doutrinário ou jurisprudencial, acerca de modificações operadas pelo novo Código Civil na ordem jurídica, pode ser considerado definitivo, ainda se tendo muito a discutir e clarear.

Indubitavelmente, foi o Direito das Sucessões o que sofreu as alterações mais significativas, a ponto de nos sentirmos inteiramente à vontade para afirmarmos que, diante de tão substanciais modificações, o que há agora é um novo Direito das Sucessões.

Vale ressaltar que o Projeto que originou o novo código levou aproximadamente vinte e cinco anos para ser discutido e aprovado pelo Congresso Nacional. Foi só em 1975, depois de inúmeras emendas, que o Anteprojeto elaborado pela Comissão coordenada pelo jurista Miguel Reale se transformou no Projeto de Lei n. 634.

Foi devido a tão longo período de gestação que levou o então novo código a sofrer severas críticas por parte de diversos segmentos da sociedade civil organizada e também por parte dos estudiosos do direito. Mesmo tendo avançado em alguns pontos, a verdade é que o novo Código Civil deixou de contemplar assuntos que já mereciam um regramento por parte do legislador, a exemplo do comércio eletrônico, das inseminações artificiais, das uniões homoafetivas, etc.

Muito embora já existam inúmeros projetos de lei sugerindo alterações no bojo do novo código, a tendência é tratar dos assuntos nele não abrangidos, em sede de legislação especial. De todos esses projetos se sobressai o Projeto de Lei n. 6.960 de 2002, apresentado pelo recém falecido Deputado Ricardo Fiúza, e que prevê modificações em diversos artigos do código, inclusive corrigindo algumas imperfeições no Livro das Sucessões, como veremos adiante.

A atribuição da qualidade de herdeiro necessário ao cônjuge e sua concorrência, na 1ª e 2ª classes, com descendentes e ascendentes do *de cuius* alteraram a espinha dorsal do direito das sucessões, lhe conferindo novas feições que serão por nós aqui analisadas.

2. BREVE HISTÓRICO

É recente na civilização ocidental o reconhecimento da igualdade entre marido e esposa.

Em Roma era quase absoluto o controle que o varão exercia sobre a mulher, a prole e os escravos. Por mais que existisse carinho e amor entre os cônjuges romanos, o elo que

os unia, ou que servia de fundamento à união, era apenas advindo do *pater*, que por sua vez tinha seu substrato no culto familiar.¹

A virago que se casava com um varão romano, se desligava automaticamente do culto de seu lar e do controle ou poder que o seu genitor exercia sobre a família, e passava então a cultuar os deuses e antepassados do seu marido, literalmente se subordinando ao mesmo.²

Nesse contexto o Direito Romano considerava que a mulher casada podia herdar do marido, sem, porém, poder dispor dos bens, não se podendo considerar isso como um autêntico direito sucessório. Mais tarde, já com Justiniano, por elaboração pretoriana, se reconheceu a sucessão entre cônjuges, com a mulher, na falta de filhos, recolhendo em propriedade a quarta parte, se houvesse até três filhos, e se fossem mais de três filhos esse usufruto seria o mais limitado possível. Faltando os colaterais reciprocamente os cônjuges se sucederiam.³

No direito das Ordenações Filipinas, o cônjuge estava localizado na quarta posição sucessória, atrás dos descendentes, ascendentes e colaterais até o 10º grau. Veja-se o quanto era remota a possibilidade de o cônjuge ser chamado a suceder, tendo Beviláqua afirmado que nesses casos o cônjuge era mais conterrâneo que parente.⁴

Esse absurdo só veio a ser minimizado com o advento da Lei Feliciano Pena – Decreto nº. 1.839/1907 – que trouxe o cônjuge para a terceira posição na ordem de vocação hereditária, precedendo aos colaterais.

Posteriormente, em 1916, o Código Civil manteve o cônjuge na terceira classe sucessória, sob as condições de inexistirem descendentes e ascendentes, e não estarem os cônjuges legalmente separados.

Com a nova codificação civil surgem na ordem jurídica inovações acerca do posicionamento do cônjuge na sucessão hereditária, como se verá mais adiante.

¹ SÍLVIO DE SALVO VENOSA (*Direito Civil*, 4ª. ed., vol.6, p.18).

² SÍLVIO DE SALVO VENOSA (ob. cit., p.18).

³ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*. 11.ed., vol.VI, p. 96-97).

⁴ As Ordenações (Liv.IV, Tít.94) dispunham: “*Falecendo o homem casado ab intestato, e não tendo parente até o décimo grau, contado segundo o Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua melhor viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ela será sua universal herdeira. E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúdo, como marido com sua mulher, se ela primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grau*”.

3. OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE Á LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Impossível a análise dos direitos sucessórios do cônjuge supérstite sem termos como referencial os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Estes princípios axiológicos de índole constitucional foram decisivos para que o legislador ordinário promovesse as necessárias alterações na nova codificação civil. Já se foi o tempo em que se procurava fundamentar os direitos sucessórios exclusivamente na propriedade privada, evoluindo a doutrina para sustentar o fundamento da transmissão hereditária não só no direito de propriedade, mas também na família, combinando estes dois institutos, chegando-se a afirmar que o direito sucessório é o regime da propriedade na família.⁵

Ora, mesmo que ainda existam aqueles que se neguem a enxergar a nova realidade constitucional, todos sabemos que a Magna Carta trouxe novos contornos à família brasileira, sempre procurando amainar o caráter de patrimonialidade que pesa sobre o direito das sucessões, e que, diga-se de passagem, era o comum em todo o código revogado. Assim que, a marca primacial do legislador constitucional foi, invertendo os valores então reinantes naquela codificação, imprimir uma maior afetividade às relações de direito de família, bem como valorizar equitativamente os diversos tipos de entidades familiares.

Afirma Cristiano Chaves de Farias que *“a transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto e no amor”*, e que *“seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem”*.⁶

Coerente com seus fundamentos, o mesmo autor conclui que *“a interpretação de todo o texto constitucional deve ser fincado nos princípios da liberdade e igualdade, e*

⁵ FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA (*Curso Avançado de Direito Civil, 2ª. ed., Vol.6, p.27*).

⁶ CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão), p.22. In: _____. *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

despida de qualquer preconceito, porque tem como ‘pano de fundo’ o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado logo pelo art.1º, III, como princípio fundamental da República (motor de impulsão de toda a ordem jurídica brasileira)”.⁷

Nesse passo, esses princípios constitucionais forneceram novos valores ao direito das sucessões, veja-se, por exemplo, a melhora empreendida pelo novo Código Civil na posição do cônjuge perante a ordem de vocação hereditária, que apesar dos erros técnicos cometidos pelo legislador, foi alçado às primeiras classes sucessórias, na 1ª em concorrência condicional com os descendentes, e na 2ª com os ascendentes, independentemente de condições.

Essa nova convocação do cônjuge sobrevivente é consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana, e evitará que os descendentes arrecadem todo acervo hereditário, privando o cônjuge, muitas vezes, do essencial à sua própria manutenção.

Diga-se o mesmo da nova qualidade de herdeiro necessário atribuída ao consorte, que diante da nova previsão legal, não poderá mais ser afastado da sucessão do *de cujus* por testamento, lhe sendo reservado a metade da herança. Aliás, ainda sob a égide do revogado código civil, era plenamente possível sustentar-se a inconstitucionalidade da falta desta qualidade ao cônjuge, pois não se poderia conceber que, depois de anos dedicados ao lar e ao marido, esse viesse por testamento afastar da sucessão a esposa, atribuindo, por exemplo, o acervo hereditário aos colaterais.

4. CÔNJUGE MEEIRO E/OU CÔNJUGE HERDEIRO

Em virtude de ter o legislador de 2002 vinculado o direito sucessório do cônjuge ao regime de bens adotado no matrimônio, quando concorrer com os descendentes, cabe esclarecer a natureza da participação do mesmo perante o processo de inventário, qual seja, a de meeiro ou herdeiro.

A eventual qualidade de meeiro será preservada independentemente de sua convocação para suceder o *de cujus* nos seus bens, podendo o cônjuge supérstite cumular ambas qualidades, meeiro e herdeiro, caso o regime de bens o permita, possua legitimidade

⁷ CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. (*ob. cit.*, p.24).

(art.1.830) e preencha as condições do inc.I, do art.1.829, em se tratando de concorrência com descendentes.

Destarte, caso o regime de bens e a situação patrimonial do falecido o permitir, o consorte sobrevivente comparecerá ao processo para assegurar a metade da universalidade dos bens comuns, constituindo essa a sua meação. Vê-se assim, tratar-se essa participação de instituto típico do direito de família.

De outro lado, como detentor da qualidade de herdeiro, o cônjuge será chamado a recolher sozinho ou conjuntamente, os bens pertencentes exclusivamente ao patrimônio deixado pelo finado, incluindo-se aí a sua cota parte da sociedade conjugal. Aqui sim, estamos diante de um instituto regulado pelo direito das Sucessões.

Na prática costumam-se misturar essas noções, talvez pelo fato de que pela nossa sistemática legal, tanto do ponto de vista material quanto processual, ambos institutos têm, em regra, seu abrigo no processo de inventário. Sabemos que não existe herança de pessoa viva, o que existe é uma expectativa de direito, e que o exercício desse direito terá lugar no processo de inventário. Acontece que, quando não há dissolução e partilha da sociedade conjugal em vida, que pode ocorrer com a separação ou o divórcio, com a conseqüente divisão de seus bens, o caminho natural é que se faça essa divisão quando da morte de um dos cônjuges, tendo que um desses necessariamente comparecer para receber seu quinhão. Além do mais, é comum também que o próprio consorte faça as vezes de inventariante (art. 990, inciso I, CPC), e nesse caso poderá ser herdeiro ou meeiro.

De tudo isso podemos extrair uma conclusão: o consorte supérstite pode ser só meeiro, só herdeiro, e, finalmente, de uma só vez, meeiro e herdeiro.

5. O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

De acordo com o art.1.845 do Código Civil são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Entendem-se por herdeiros necessários aqueles que, por disposição expressa de lei, não poderão ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido. Sob a égide do revogado Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira já se manifestava no sentido da necessidade de inclusão do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, assim se

manifestando: “*Tal qualificação, ao nosso ver, deveria estender-se ainda ao cônjuge sobrevivente, variando contudo a fração disponível, segundo seja o casamento em regime de separação ou de comunhão de bens. No futuro, deverá ser-lhe assegurada a condição de herdeiro necessário também*”.⁸

Essa inovação do legislador foi de há muito tempo um reclamo da doutrina, e, de certa forma, vem impor uma maior limitação no direito de testar do “*de cujus*”. A propósito, sempre se questionou se o direito de testar deveria ser absoluto ou limitado. Nos primórdios do direito romano não se limitava o princípio da liberdade de testar. Os que atualmente defendem o absolutismo⁹ desse princípio se apegam ao argumento de que o direito de testar é corolário do direito de propriedade, e podendo o proprietário alienar a universalidade de seus bens em vida, não pode para a sua sucessão sofrer limitação.

No entanto, o direito brasileiro, no esteio da maioria das legislações, optou por um sistema de limitada liberdade de testar, não podendo o autor da herança, que na maioria das vezes possui uma prole e cônjuge, e, portanto o dever de prover o necessário à manutenção dos mesmos, dispor livremente de seus bens por testamento.

Nesse passo, a inserção do cônjuge no rol dos herdeiros necessários, é plenamente justificável, pois são os objetivos do casamento que dão vida e forma à previsão normativa, cabendo aos cônjuges “*ajudar-se, socorrer-se mutuamente, suportar o peso da vida, compartilhar o mesmo destino e perpetuar sua espécie*”.

Portanto, com o advento da nova codificação, passou o cônjuge a ter incólume, de pleno direito, a metade dos bens da herança, que constitui a legítima, não podendo ser excluído da herança por vontade do testador, salvo em casos específicos de deserdação, previstos em lei.

6. O CÔNJUGE NA NOVA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O Código Civil de 1916 assim disciplinava a ordem de vocação hereditária:

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

⁸ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (ob. cit., p. 22).

⁹ Até 1938, a Inglaterra não limitava o direito de testar.

I – aos descendentes;

II – aos ascendentes;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais;

V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União”.

Pelo Código Civil de 2002 a disciplina é a seguinte:

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

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo (...);

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais”.

Aqui também se percebe o quanto o legislador foi generoso com o cônjuge sobrevivente, pois, além de mantê-lo na terceira classe, o colocou na primeira em concorrência com os descendentes.

A ordem prevista em lei tem como fundamento a preocupação social com a unidade e a solidariedade da família, e na ausência expressa de vontade do *de cuius* há a previsão de uma vontade presumida. A alteração da posição do cônjuge dentro desta ordem legal foi fruto da inversão de valores operada pela Constituição Federal de 1988 (ver item 3), em que a entidade familiar deve ser entendida, agora, como grupo social fundado, primordialmente, em laços de afetividade.

Como o legislador estabelece classes de preferência, com nítida hierarquização, sob a vigência do antigo código, o cônjuge só era convocado caso inexistissem descendentes e ascendentes, e bastava que houvesse um desses para que fosse afastado.

Apesar dos equívocos técnicos produzidos pelo legislador, quando, por exemplo, contemplou a sucessão decorrente da união estável nas disposições gerais do título “Da sucessão em geral”, a posição atual do cônjuge é consentânea com a idéia de proteção que ao mesmo pensou-se em deferir.¹⁰

¹⁰ O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, atendendo ao seu papel institucional, já encaminhou projeto de lei sugerindo a alteração de diversos dispositivos do NCC, inclusive corrigindo o erro apontado no art.1.829, para se fazer acrescentar nele a sucessão decorrente da união estável. Assim a redação sugerida:

“*Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; II – aos ascendentes, em concorrência com o*

Tanto a aquisição da qualidade de herdeiro necessário, quanto a sua atual posição na ordem de vocação hereditária foram medidas muito defendidas na doutrina, justamente tentando minimizar as conseqüências da perda, muitas das vezes, do consorte mantenedor da prole e do lar, o que sob a legislação revogada passou despercebido pelo legislador.

7. CRITÉRIO DE CONVOCAÇÃO

Eis aqui o primeiro ponto de discórdia na doutrina que já se debruçou sobre o tema.

A ordem de vocação hereditária, conforme vista acima, está estabelecida no primeiro artigo que trata da sucessão legítima no CC/2002, que assim enuncia:

“Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

De uma perfunctória leitura desse dispositivo pode-se perceber como infeliz foi o legislador, ao prever um extremo casuismo para a concorrência do cônjuge com os descendentes. A técnica legislativa utilizada também sofreu assaz abalo, pois não se recomenda, na elaboração de dispositivos legais, a utilização de exceções em demasia, o que acaba por dificultar a hermenêutica. Observa-se que o legislador em um único inciso fez menção a quase todos os regimes de bens do casamento previstos pelo código, sem falar que a intenção é criar uma exceção às hipóteses em que o cônjuge concorrerá com os descendentes.

É tão visível o absurdo cometido que, diante de tantas ressalvas, é difícil imaginar uma hipótese em que realmente o cônjuge herdará conjuntamente com os descendentes do falecido. Acrescente-se ainda, que, a referência ao art. 1640 é errônea, pois o artigo que elenca as hipóteses em que será obrigatório o regime da separação de bens é o art.1641.

cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente; III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente; IV – aos colaterais. Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os sub-rogados”.

Comentando esse inciso, Eduardo de Oliveira Leite afirma que, “*na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens), o legislador só abriu a possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer com o herdeiro necessário (com os descendentes), quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente retomará a sua massa de bens particulares*”.¹¹

Porém, a questão primacial é determinar se, nos casos em que houver a concorrência do cônjuge na sucessão do falecido, esse participará sobre toda a herança (meação + bens particulares) ou exclusivamente sobre o patrimônio incomunicável. A intenção do legislador parece ter sido a de tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro quando não existirem bens decorrentes de meação.

Assim, interroga-se: casados os cônjuges no regime da comunhão parcial de bens (diga-se de passagem, ser esse o mais comum, o que suscita tanta preocupação), e ter deixado o autor da herança bens particulares, o consorte sobrevivente herdará sobre todo o patrimônio, ou apenas sobre a parte incomunicável?

Os que advogam pela primeira solução (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Pauli Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz e Mário Roberto Carvalho de Faria)¹², se agarram principalmente, ao argumento de que, da forma como apresentado no texto, em que o legislador não foi expresso quanto à incidência da herança apenas sobre o acervo individual, teria que, a regra, em verdade, estabeleceria um critério de convocação, caso se preenchesse os requisitos, para concorrer na universalidade do acervo. Para essa corrente, defender o contrário seria reconhecer que a sucessão decorrente da união estável seria mais vantajosa que a decorrente do casamento, pois naquela se defere ao viúvo o quinhão sobre bens já integrantes de eventual meação.

Corroborando esse posicionamento podemos citar a lição de Francisco Cahali e Giselda Hironaka, quando expressamente assim se manifestam:

¹¹ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE (*Comentários...*, 4.ed., vol.XXI, p.224-225).

¹² Cf. MARIA BERENICE DIAS, *O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações*, texto extraído do endereço eletrônico <http://www.mariaberenice.com.br>.

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

13

O pensamento da sempre festejada professora Maria Helena Diniz, também é nesse sentido:

*“Pelo novo Código Civil, convém repetir, haverá concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuía patrimônio particular. Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art.1829, 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.(...) Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, se casado sob o regime de comunhão parcial, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário”.*¹⁴

Muito embora essa corrente conte com o patrocínio de juristas de escol, a nós parece que tal entendimento não prosperará. Conforme já dito acima, quando o legislador criou a concorrência do cônjuge com os descendentes, a sua intenção foi estabelecer uma reserva do patrimônio do *de cujus* para a subsistência do sobrevivente.

Aderindo a essa segunda hipótese – concorrência exclusiva nos bens particulares – Giselda Hironaka assim se pronuncia:

*“Por fim, aqueles casais que, tendo silenciado quando do momento da celebração do casamento, optaram de forma implícita pelo regime da comunhão parcial de bens, fazem jus à meação dos bens comuns da família, como se de comunhão universal se tratasse, mas passam agora a participar da sucessão do cônjuge falecido, na porção dos bens particulares deste”.*¹⁵

¹³ FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA (Ob. cit., p.213). Muito embora essa opinião esteja contida na obra *Curso avançado de direito civil*, escrito em parceria com a Prof^a. GISELDA HIRONAKA, cabe apenas citar aqui FRANCISCO CAHALI, pois o mesmo faz a ressalva de que devido às grandes alterações ocorridas no capítulo 9, e ter este sido escrito exclusivamente por ele, pode ter assumido opiniões que sejam divergentes à da co-autora (p.206, rodapé).

¹⁴ MARIA HELENA DINIZ (*Curso de direito civil*, 16.ed., vol.6, p.105-106).

¹⁵ GISELDA HIRONAKA (*Comentários ao Código Civil*. vol. 20, p.220). Compartilham desse entendimento: Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Flavio Tartuce, Gustavo René Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fujita, José Fernando Simão, Maria Helena Marques Daneluzzi, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides da Cunha e Zeno Veloso, todos lembrados por MARIA BERENICE DIAS, conforme nota de rodapé nº. 4.

Atente-se para o fato de que, ainda que os cônjuges sejam casados sob o regime da comunhão universal de bens, há bens que são incomunicáveis entre os cônjuges e que, caso haja somente esses bens durante a constância da comunhão, havendo a morte de um dos consortes, o outro não terá participação qualquer. Incorreria em flagrante contradição a interpretação que, ignorando o sistema geral dos regimes de bens, viesse a estabelecer a sucessão do cônjuge tanto nos bens particulares quanto nos aquestos dos bens deixados pelo falecimento do outro cônjuge.

Nesse sentido, a forma mais justa de participação do cônjuge, no regime da comunhão parcial de bens, em havendo bens particulares e bens comuns a serem partilhados, no caso de morte de um dos consortes, é o estabelecimento da participação do cônjuge sobrevivente em dois momentos distintos: no bem particular, o supérstite participa em concorrência com os descendentes; já no bem decorrente de aquesto, não haverá participação do cônjuge na metade do bem deixado pelo *de cuius*, justamente pelo fato de já ter retirado a sua meação.

Fora essas incorreções do nosso legislador, duas sensíveis omissões existem: como ficará a participação do consorte sobrevivente na hipótese de serem os cônjuges casados no regime da participação final dos aquestos? E na separação convencional? Muito embora tenha sido omissa o legislador, nesse primeiro ponto não haverá maiores desdobramentos, sendo, até o presente momento, uníssona a interpretação de que haverá direito sucessório recíproco entre os cônjuges assim casados; quanto ao regime da separação convencional, muito embora não conste nas hipóteses de exceções expressas, temos que interpretar o dispositivo em consonância com o sistema geral de regimes de bens, isto é, não há justificativa em se atribuir concorrência ao cônjuge casado sob esse regime, se esta está expressamente vedada no regime da separação obrigatória, parece-nos, inclusive, que a interpretação literal deste dispositivo será flagrantemente inconstitucional.

8. LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

Para que se atribua a condição de herdeiro ao cônjuge sobrevivente, exige o novo Código Civil que, ao tempo da abertura da sucessão, não esteja ele separado judicialmente,

nem tenha a convivência tornada impossível por sua culpa, caso já decorridos mais de dois anos da separação de fato.

Trazendo significativas alterações nesse ponto, o art.1.830 do novo Código Civil ampliou a restrição contida no art.1.611 do Código Civil de 1916, de maneira que, *“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”*.

Embora não seja expresso o artigo, é imprescindível o trânsito em julgado da decisão de separação judicial litigiosa, não podendo o consorte ser privado do direito sucessório na hipótese de haver recurso pendente de julgamento. Também é exigido, quando for caso de separação consensual, que o acordo esteja regularmente homologado.

Quanto à separação de fato não excedente a dois anos, essa hipótese poderá gerar perplexidades no campo prático, pois, o art.1.723, § 1º, que trata da união estável, permite a caracterização desta quando o cônjuge estiver separado judicialmente ou de fato, sem estipular prazo nesse último caso. Pode ocorrer então, que na data da abertura da sucessão, o *de cujus* deixe cônjuge e companheiro aptos a se habilitarem como legítimos herdeiros. A questão aqui será definir quem herdará: o cônjuge ou o companheiro.

No intuito de conciliar essa desarmonia legal, encontramos autorizadas sugestões para este problema.

Francisco Cahali e Giselda Hironaka se manifestam no sentido de, *“mesmo contrariamente à expressa previsão na norma, deve ser ignorada a condição imposta, retirando a condição de herdeiro do cônjuge separado de fato, independentemente do prazo de ruptura ou de sua causa, em qualquer situação (beneficiando ascendentes ou descendentes), mas especialmente se para a herança for convocado o companheiro sobrevivente”*. E, invocando o antigo direito das Ordenações Filipinas, complementam o pensamento defendendo que, *“na deficiência da norma, precisamos evoluir o direito para alcançar o que as Ordenações Filipinas já previam no Liv. IV, Tít.94, principium: a exclusão pura e simples do cônjuge separado de fato do autor da herança”*.¹⁶

¹⁶ Cf. FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA (*ob. cit.*, 2ª ed., vol.6, p.222).

Apresentando solução diversa e, a nosso ver, mais consentânea com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, Eduardo Leite não tergiversa quando a preocupação é fazer prevalecer os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro, e afirma que “*não se trata de ‘prestigiar o companheiro viúvo, em detrimento do cônjuge, integrante formal de matrimônio falido, apenas subsistente no registro civil’, como pretendem, Cahali e Hironaka*”, mas sim “*a solução ‘será a de considerar, nesta hipótese excepcional, que companheiro e cônjuge sobreviventes herdaram conjuntamente a herança deixada pelo falecido’*”.¹⁷

Sem sombra de dúvida, esta última solução nos parece ser a mais adequada, pois leva em consideração os princípios axiológicos de índole constitucional acima enunciados. Não obstante reconhecermos a incongruência contida no dispositivo sob comento, não podemos simplesmente afastar o cônjuge da sucessão, pois se constituiria em uma solução nitidamente *contra legem*, nos cabendo aqui, apenas, apresentar o nosso inconformismo com o legislador, que mais uma vez foi conservador, perdendo a oportunidade de, expressa e independentemente de lapso temporal, afastar da sucessão o cônjuge supérstite separado de fato do *de cuius*.

O art.1.830 também é infeliz quando abre a possibilidade de perquirição acerca da existência ou não de culpa, o que trará muita dor de cabeça aos militantes nas varas de família e sucessões, pois da forma como posto pelo legislador, as discussões prometem extrapolar os limites do processo de inventário.

Na contramão do aprimoramento das disposições que dizem respeito ao direito de família, precipuamente, em um momento da história em que se busca extirpar a noção de culpa como causa do insucesso matrimonial, o legislador restaura esse pressuposto subjetivo legitimador do direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Com razão Cristiano Chaves de Farias para quem, “*nada é mais importante do que a proteção da dignidade do ser humano e a preservação de sua felicidade. Daí que, atentando contra a dignidade humana a discussão da culpa, sobreleva sua repulsa com fundamentos constitucionais! Por isso, de lege ferenda, deve o ordenamento jurídico, seguindo as linhas avançadas propostas pela melhor doutrina e jurisprudência, extirpar do direito positivo a culpa como elemento da dissolução do casamento, adequando a norma*

¹⁷ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE (ob. cit., p.234).

*infraconstitucional (art.1.572 e 1.573, nCC) aos novos paradigmas principiológicos constitucionais, atendendo à preservação da dignidade humana, para submeter a extinção matrimonial a um único fundamento: a vontade do cônjuge”.*¹⁸

Esse inconformismo está presente também em Francisco Cahali, que lapidarmente assim se manifesta: “*A verificação desta circunstância ensejará revolver fatos do passado, talvez caídos no esquecimento, quando o casamento já se tornou mera reminiscência cartorial, apenas para a busca de benefício patrimonial. Ora, dois anos já são suficientes para a dissolução do casamento pelo divórcio independentemente de qualquer discussão sobre os motivos do rompimento. E tumultuária a previsão, pois traz ao direito sucessório matéria totalmente estranha a este instituto, consistente na causa da separação do casal*”.

19

9. CRITÉRIO DE DIVISÃO

Uma vez convocado o cônjuge, inicia-se a análise do critério de divisão, ou seja, do quinhão que será destinado a cada herdeiro.

9.1. O CÔNJUGE CONCORRENDO COM DESCENDENTES

Esta concorrência está expressa nestes termos:

“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”.

Da forma como colocado, faz-se diferença se a concorrência é com filhos comuns ou com filhos somente do cônjuge falecido.

Concorrendo com descendentes exclusivos do autor da herança, ou seja, de quem o cônjuge sobrevivente não é ascendente, aquele receberá parcela idêntica à dos que sucederem por direito próprio. Isto por que, existindo entre os filhos algum pré-morto, sua prole, netos do falecido, herdará por representação, partilhando entre si, e em quotas iguais,

¹⁸ CRISTIANO CHAVES DE FARIAS (*ob. cit.*, p.208).

¹⁹ FRANCISCO CAHALI e GISELDA HIRONAKA (*ob. cit.*, p.221). Nesse mesmo sentido SÍLVIO DE SALVO VENOSA (*Direito Civil*, 4ª. ed., vol.7, p.115-116).

o que cabia ao seu pai, não implicando assim em diminuição da parcela dos demais herdeiros.

Nessa hipótese, concorrendo apenas com filhos do “*de cujus*”, assim será a divisão:

Nº. de descendentes	Parcela do cônjuge
1	$\frac{1}{2}$
2	$\frac{1}{3}$
3	$\frac{1}{4}$
4	$\frac{1}{5}$
5	$\frac{1}{6}$

Se o cônjuge for ascendente dos herdeiros descendentes, terá assegurada para si a quarta parte da herança, assim ficando a divisão:

Nº. de descendentes	Parcela do cônjuge
1	$\frac{1}{2}$
2	$\frac{1}{3}$
3	$\frac{1}{4}$
4	$\frac{1}{4}$
5	$\frac{1}{4}$

Apesar de não ter sido expreso o legislador, em ocorrendo a hibridia filiar, ou seja, concorrendo o cônjuge tanto com irmãos unilaterais quanto com bilaterais, devemos interpretar no sentido de se aplicar à hipótese a garantia mínima da quarta parte, mantendo nesses casos a divisão contida no quadro acima.

9.2 O CÔNJUGE CONCORRENDO COM ASCENDENTES

“Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”.

Nesse dispositivo mais uma vez se patenteia na redação a infelicidade do legislador, que se utilizou de uma palavra no singular quando, em verdade, devia vir expressa no plural.

Assim é que, embora pretendesse a lei prever três hipóteses diferentes, ao menos literalmente acabou por prever apenas duas, pois o uso da expressão *“ascendente em primeiro grau”* já comportaria em seu sentido a hipótese prevista na expressão *“um só descendente”*, para tanto é só pensarmos na concorrência do cônjuge com apenas um dos pais do *de cujus*, que simultaneamente se encaixaria nas duas hipóteses. Chega-se a afirmar, porém, sem interesse prático, uma vez que apresentam o mesmo critério de divisão, que em decorrência da *“inegável possibilidade de coexistência, numa única pessoa, das qualidades de único ascendente (descrição da segunda hipótese) e de ascendente de grau superior ao primeiro (descrição da terceira hipótese)”*, essas duas últimas hipóteses previstas no art. 1.837 apresentariam uma zona de interseção.²⁰

Ao darmos a correta interpretação ao dispositivo, ou seja, lendo-se *“ascendentes”* ao invés de *“ascendente”*, cada hipótese nele previsto passará a disciplinar uma determinada casuística.

Destarte, concorrendo com pai e mãe do falecido, dividir-se-á a herança equitativamente, cabendo a cada herdeiro um terço da herança; concorrendo com apenas o pai ou a mãe, mesmo existindo outros ascendentes (entre os ascendentes os de grau mais próximo afastam a convocação dos de grau mais distante), caberá ao cônjuge uma metade e ao ascendente a outra; concorrendo com um só ascendente (hipótese mais ampla)²¹, seja ele de qualquer grau (avô, bisavô, etc.), caberá, também, ao cônjuge uma metade e ao ascendente a outra; e, finalmente, concorrendo com mais de um ascendente (avós, bisavós, etc.), será reservada a metade da herança, destinando-se a outra parcela aos ascendentes convocados, que dividirão entre si, obviamente, observando-se a partilha em linha.

²⁰ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições...* 15.ed., vol.VI, p. 121-122), atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

²¹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (ob. cit., p.122), atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira.

9.3 O CÔNJUGE NA 3ª CLASSE

Como já mostramos acima (ver 1.1), anteriormente à Lei Feliciano Pena o cônjuge se encontrava atrás dos colaterais na ordem de vocação hereditária. Era uma posição que raramente possibilitava o chamamento do consorte para recolher a totalidade dos bens.

De acordo com o art.1.838 do Código Civil de 2002 *“em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”*.

Portanto, ultrapassada a linha reta por inexistir parentes vivos, ou vivos, mas sem condição de herdar, como por exemplo, os deserdados, ao cônjuge sobrevivente será destinada a integralidade da herança, independentemente do regime de bens do casamento, se, ao tempo da abertura da sucessão, não estavam os consortes 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.

10. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E O USUFRUTO VIDUAL

Estes institutos foram inseridos no nosso ordenamento jurídico com o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), e tiveram como objetivo principal estabelecer uma maior proteção ao cônjuge viúvo, minimizando os efeitos da quebra da assistência material mútua existente na constância do casamento.

O Código Civil de 2002, independente e paralelamente à qualidade de herdeiro destinatário de parcela da herança, manteve para o consorte supérstite apenas o direito real de habitação, agora sem vinculação com o regime de bens do casamento.

O art.1.831 prevê que *“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”*.

O direito real de habitação por ser personalíssimo e resolúvel extingue-se com a morte do titular, e como se pode observar da literalidade do dispositivo, não foi renovada a

restrição contida no art.1.611, parágrafo 2º, do Código Civil de 1916, que fazia alusão à permanência pelo consorte beneficiário do estado de viuvez.

Nesse passo não andou bem o legislador, quando operou a extinção da restrição em comento. Talvez com ânsia de renovar a legislação e conceder uma melhora na posição sucessória do cônjuge, o legislador extrapolou na dose e acabou por deixar uma brecha para que fraudes ocorram. O direito real de habitação é por natureza uma restrição aos direitos que compõe a propriedade, e só se justifica quando servir ao amparo do consorte que se encontre morando no único bem residencial da herança, não devendo se fazer presente quando, por exemplo, o cônjuge sobrevivente constituir nova família, seja por novas núpcias ou pela constituição de união estável.

Tanto é verdade o que se argumenta, que o Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 já prevê a alteração do art.1.831, para reinserir no dispositivo o requisito que exige, como condição para ter o direito real de habitação, a permanência da viuvez ou não constituição de união estável.

Por outro lado, o usufruto vidual estava previsto no art.1.611, parágrafo 1º, do Código Civil de 1916, *in verbis*: “o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus”.

Este dispositivo não encontra correspondente no novo Código Civil, verificando-se assim a extinção da figura do usufruto vidual. Aliás, o motivo dessa extinção é de clareza meridiana, pois o usufruto vidual tinha a finalidade precípua de proteger o cônjuge sobrevivente das agruras da vida, e atualmente, com a qualidade de herdeiro necessário, ele já não se encontra descoberto. Esse instituto só tem cabimento nos ordenamentos em que o cônjuge sobrevivo não participa da herança.

11. CONCLUSÃO

Não podemos achar que as reflexões aqui realizadas são suficientes para acalmar os ânimos, principalmente os dos legisladores de plantão. Quanto à existência dos inúmeros

projetos que já prevêm mudança no texto do novo Código Civil, não podemos aplaudi-los, aliás, só revelam a insegurança e a inexatidão das idéias do legislador.

Essas constantes modificações não fazem bem à integridade do Código Civil, afetando diretamente o princípio da segurança jurídica.²² Ressalte-se que não se está aqui a contestar a dinâmica do Direito, mas sim realçar o fato de que o legislador não aproveitou a oportunidade para apresentar-nos um Código sadio, preferindo votar e aprovar o PL 634, para só depois, fazer as complementações.²³

Todavia, à guisa de conclusão, parece-nos relevante ressaltar a importância que a Jurisprudência assumirá nesse contexto, cabendo-lhe aparar as arestas contidas na lei²⁴, e, em consequência, tornar definida e clara a ordem jurídica.

12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. 2.ed. São Paulo: 2003, V.6.

DIAS, Maria Berenice. *O inc. I do art.1.829 do CC: algumas interrogações*. Artigo extraído do endereço eletrônico www.mariaberenice.com.br.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol.6.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral: vol.1*. São Paulo: Saraiva 2002.

²² Aqui damos a esse princípio a idéia de sistema de legalidade, que fornece aos indivíduos a certeza do Direito vigente. Cf. NADER, Paulo. (*Introdução ao estudo do direito*. 21. ed., p.115).

²³ Consta nas justificativas ao Projeto de Lei n. 6.960 de 2002 a seguinte explicação: “Na verdade, o que se pretende com a presente proposta é a complementação de alguns dispositivos, cuja modificação não foi possível fazer anteriormente, face aos impedimentos regimentais expostos, quando da votação final do PL 634”.

²⁴ “Tal situação decorre, muitas vezes, da má ou insuficiente legislação e da inércia do legislador, que permite a revolta dos fatos contra o Direito”. Cf. NADER, Paulo. (ob. cit., p.171).

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*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V.21.

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

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

_____. *Instituições de Direito Civil*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Vol. VI.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. V.7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil (Direito das sucessões)*. São Paulo: Atlas, 2004. V.7.

* Acadêmico de Direito da UCSAL.

Estagiário de Direito da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA.

Pós-Graduando em Direito e Processo do Trabalho pelo Curso JusPodivm.

Disponível em:

<http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_setembro2006/convidados/con3.doc>

Acesso em.: 17 set. 2007.