

A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Wagner Junqueira Prado (*)

RESUMO: O presente artigo pretende fornecer uma solução para a maioria dos problemas práticos envolvendo a sucessão legítima do cônjuge no Novo Código Civil brasileiro, através de uma interpretação holística da legislação que procure refletir a coerência do direito sucessório como um todo, ao invés de procurar obter uma interpretação de cada dispositivo isoladamente, dissociada de uma visão geral, o que poderia conduzir a soluções ilógicas ou desvinculadas dos princípios sucessórios elementares expressos no próprio Código Civil.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, trouxe diversas novidades em relação ao tema da sucessão legítima do cônjuge.

O cônjuge sobrevivente que, na vigência do Código Civil anterior (Lei nº 3.071/1916), herdava apenas na ausência de descendentes e ascendentes do falecido, passou a ser herdeiro necessário e a concorrer com os descendentes ou ascendentes à herança. A participação do cônjuge como herdeiro, todavia, restou condicionada a certos fatores, como veremos no decorrer deste trabalho.

Os dispositivos legais que trouxeram tais novidades, entretanto, apresentam muitas dificuldades interpretativas, gerando diversas dúvidas, o que complica sobremaneira o processo de inventário e partilha, principalmente após o art. 982 do Código de Processo Civil ganhar nova redação, dada pela Lei nº 11.441/2007, passando a permitir que o inventário e a partilha sejam realizados extrajudicialmente, desde que não haja testamento e todos os herdeiros sejam capazes e estejam concordes.

Apesar dos numerosos trabalhos doutrinários existentes a respeito da matéria, não se pretende aqui realizar uma compilação das diferentes opiniões esboçadas pelos seus autores, seja para apoiar-se nelas, seja para refutá-las. A idéia é, ao contrário, obter uma interpretação própria, com base exclusivamente na legislação, mas que procure refletir uma coerência do direito sucessório legislado como um todo. Isso explica a carência de referências bibliográficas sobre obras doutrinárias que tratem do direito das sucessões.

(*) *Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. Juiz de Direito no Distrito Federal.*

No presente trabalho, nosso objetivo é buscar uma interpretação coerente e que contemple uma visão holística do direito das sucessões em vigor, ao invés de procurar obter uma interpretação meramente individual de cada dispositivo isoladamente, dissociada de uma visão geral, o que poderia conduzir a soluções ilógicas ou desvinculadas dos princípios sucessórios elementares expressos no próprio Código Civil¹. Dessa forma, esperamos enfrentar as dificuldades existentes na legislação (que não são poucas) e fornecer uma solução para a maioria dos problemas práticos envolvendo a sucessão legítima do cônjuge no Novo Código Civil.

2. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Inicialmente, vejamos os dizeres dos dois primeiros artigos do Capítulo I do Título II do Livro V da Parte Especial do Novo Código Civil:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); 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.

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 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

¹ Segundo Ronald Dworkin, “temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido” (O império do direito, p. 213). Ao defender a integridade no direito, Dworkin esclarece que a integridade na legislação restringe aquilo que nossos legisladores podem fazer ao expandir ou alterar nossas normas, e que a integridade na deliberação judicial requer que nossos juízes tratem nosso sistema de normas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, e que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas (idem, p. 261). Para ele, “a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que... a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes” (idem, pp. 261-262).

Apesar da ordem dos dispositivos no Código, é conveniente iniciar a nossa análise pelo art. 1830. Ele estipula que o cônjuge sobrevivente, separado judicialmente ou separado de fato há mais de dois anos do cônjuge falecido ao tempo de sua morte (exceto quando a convivência se tornou impossível sem culpa sua), não tem direito sucessório, mesmo na ausência de descendentes e ascendentes (hipótese em que devem herdar os colaterais). Portanto, o cônjuge sobrevivente, para participar da sucessão legítima, não pode estar (1) separado judicialmente do autor da herança nem (2) separado de fato há mais de dois anos ao tempo da morte de seu consorte.

Apesar do art. 1.830 fazer referência apenas à separação judicial, o art. 1.124-A do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.441/2007, permite que a separação consensual, não havendo filhos menores ou incapazes, seja feita extrajudicialmente. A coerência do sistema exige, portanto, que também não seja reconhecido direito sucessório ao cônjuge separado extrajudicialmente, por escritura pública.

Evidentemente, a prova da separação (judicial ou extrajudicial) se faz através da certidão de casamento com a separação averbada. Já a prova do tempo de separação de fato é mais problemática, e pode ser feita documentalmente (por exemplo, através da comprovação de que houve ajuizamento de ação de alimentos por um dos cônjuges contra o outro, motivado pela separação de fato) ou através de testemunhas.

Cabe aos descendentes ou aos ascendentes, nos casos dos incisos I e II do art. 1.829, e aos colaterais, no caso de inexistência de descendentes e ascendentes do falecido (inciso III do art. 1.829), arguir a ausência de direito sucessório do cônjuge sobrevivente. Tal alegação deve ser formulada na própria petição inicial do inventário, nas primeiras declarações do inventariante (art. 993 do Código de Processo Civil) ou em forma de impugnação, nos termos do art. 1.000 do Código de Processo Civil, após as primeiras declarações. Os colaterais, que a princípio não são citados para o inventário (art. 999 do mesmo diploma legal), exceto se o inventário for promovido por um deles, ainda poderão, a qualquer tempo, desde que antes da partilha, caso o inventário seja promovido pelo cônjuge sobrevivente, pedir a sua admissão no inventário nos termos do art. 1.001 do Código de Processo Civil.

Em caso de impugnação nos termos do art. 1.000 ou de pedido dos colaterais de admissão no inventário nos termos do art. 1.001 do diploma processual, deve o magistrado ouvir a respeito o inventariante e o cônjuge sobrevivente, designar audiência para colher a prova testemunhal, caso haja necessidade, e depois decidir acerca da impugnação ou do pedido. Cabe ao cônjuge sobrevivente, em sua manifestação e sendo o caso, alegar e comprovar documentalmente (ou arrolar

testemunhas), na hipótese de mera separação de fato, que a convivência se tornou impossível sem culpa sua.

Observe-se que a alegação de inexistência de direito sucessório do cônjuge sobrevivente não constitui matéria de alta indagação, devendo sempre ser decidida nos próprios autos do inventário, seja porque a separação judicial ou de fato pode ser comprovada documentalmente, seja porque quando a existência e data da separação de fato tiverem que ser comprovadas por testemunhas, a prova oral a ser produzida é bastante simples. Da mesma maneira, havendo alegação do cônjuge sobrevivente, em caso de mera separação de fato, de que a convivência se tornou impossível sem culpa sua, ainda que a prova não possa ser feita documentalmente, a prova oral a respeito também é de simples produção. Não há necessidade, portanto, de remessa da questão aos meios ordinários.

No sistema anterior, o cônjuge era apenas meeiro, jamais concorrendo na sucessão com os descendentes ou ascendentes do autor da herança. Segundo o art. 1.611 do Código Civil anterior (Lei nº 3.071/1916), o cônjuge era herdeiro legítimo apenas na ausência de descendentes e ascendentes, se ao tempo da morte do outro não estava dissolvida a sociedade conjugal², hipótese em que lhe cabia a totalidade da herança. Mas não era herdeiro necessário. Por essa razão, e na ausência de descendentes e ascendentes, o testador podia excluí-lo da herança testando todo o seu patrimônio.

No novo Código Civil, passando o cônjuge a ter o *status* de herdeiro necessário (art. 1.845), e concorrendo na sucessão com os descendentes ou ascendentes do falecido (art. 1.829, incisos I e II), houve a necessidade de se estipular outra hipótese em que não se reconhece direito sucessório ao cônjuge sobrevivente: a da separação de fato. É que, no Brasil, principalmente nas comunidades mais carentes e com maior dificuldade de acesso à justiça, é muito comum a pessoa permanecer separada de fato de seu cônjuge por longo período (até mesmo por décadas) sem providenciar o divórcio, mesmo depois de formar outro núcleo familiar, através da união estável. Evidentemente que, em casos tais, não seria coerente permitir que o cônjuge figurasse como herdeiro legítimo, pois inexistente qualquer vínculo afetivo entre ele e o autor da herança. Se o relacionamento (vida afetiva) do casal já estava rompido, seja pela separação judicial, seja pela separação de fato, há necessidade realmente de exclusão da qualidade de herdeiro do cônjuge.

Todavia, andou mal o legislador ao exigir, para exclusão do direito sucessório do cônjuge, uma separação de fato por prazo superior a dois anos. Entendemos que seria mais coerente estabelecer simplesmente a separação

² Nos termos do art. 2º da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.

de fato, sem qualquer prazo. É que, nos termos do art. 1.723, § 1º, do Novo Código Civil, mesmo casada, mas estando separada judicialmente ou de fato (independentemente de qualquer prazo), a pessoa pode constituir união estável. Portanto, no sistema em vigor, é possível que alguém, separado de fato do cônjuge há menos de dois anos, constitua união estável com terceiro, vindo posteriormente a falecer. Nessa hipótese, o texto legal do art. 1.830 permite ao cônjuge sobrevivente pleitear a qualidade de herdeiro, ao mesmo tempo em que o companheiro, nos termos do art. 1.790 do mesmo diploma legal, também está autorizado a herdar.

Não há coerência em se permitir que essas duas pessoas (cônjuge e companheiro) figurem como herdeiros ao mesmo tempo, já que, antes de seu falecimento, o autor da herança não tinha mais vínculo afetivo com seu cônjuge, em virtude da separação de fato, vínculo esse que, à época de sua morte, existia somente em relação ao companheiro. Em nosso entender, se existe união estável com terceiro posterior à separação de fato do cônjuge, independentemente do prazo dessa separação de fato, por uma questão de coerência e integridade no direito, o cônjuge perde a qualidade de herdeiro legítimo necessário, devendo participar do inventário apenas na qualidade de meeiro dos bens comuns, adquiridos anteriormente à separação de fato. O companheiro, além de meeiro dos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável (em virtude do regime de bens adotado na hipótese, por força do art. 1.725 do Código Civil), figuraria como herdeiro desses mesmos bens, nos termos do art. 1.790 do Código Civil. Do contrário, teríamos que aceitar a abusiva hipótese do cônjuge sobrevivente herdar parte dos bens adquiridos onerosamente pelo autor da herança na vigência de união estável posterior à separação de fato (bens particulares do falecido, em relação ao cônjuge; porém, bens comuns, em relação ao companheiro)³. Na inexistência de união estável posterior à separação de fato, todavia, permanece o cônjuge sobrevivente com direito sucessório, se no momento do óbito o tempo de separação de fato não era superior a dois anos.

Também não se houve bem o legislador ao permitir ao cônjuge separado de fato manter o direito sucessório quando não tiver culpa na separação de fato. É que, se nem mesmo na ação de separação judicial se permite atualmente a perquirição da culpa, também não faz sentido a apuração da culpa exclusivamente para fins sucessórios. Estaria melhor o art. 1.830 se se limitasse a estabelecer a separação de fato como causa de exclusão do direito sucessório do cônjuge, sem abordar a questão da culpa do cônjuge supérstite.

³ Esta passagem será melhor compreendida após a leitura do item 3.

Possuindo o cônjuge sobrevivente direito sucessório, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, além da meação decorrente do regime de bens do casamento, ele ainda poderá figurar como herdeiro necessário⁴, em concorrência com os descendentes ou ascendentes do autor da herança.

3. O CÔNJUGE SOBREVIVENTE CONCORRENDO COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO

Voltemo-nos agora ao art. 1.829 e seu inciso I do Código Civil.

Segundo tais dispositivos, a sucessão legítima defere-se primeiramente aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, desde, é claro, que o cônjuge possua direito sucessório, nos termos do já analisado art. 1.830. O inciso I do art. 1.829, porém, traz outros requisitos para que o cônjuge supérstite possa herdar, ao excluí-lo da sucessão quando: (1) casado com o falecido sob o regime da comunhão universal; (2) casado com o falecido sob o regime da separação obrigatória de bens; (3) casado com o falecido sob o regime da comunhão parcial, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares.

As duas primeiras hipóteses não comportam maior debate. No regime da comunhão universal, comunicam-se todos os bens adquiridos pelos cônjuges, antes ou depois do casamento (art. 1.667 do Código Civil). Assim, como o cônjuge supérstite já é meeiro de todos os bens adquiridos pelo falecido, ainda que anteriormente ao casamento, não há necessidade de protegê-lo na sucessão, atribuindo-lhe quinhão na herança, pois de qualquer maneira ele já é detentor de metade do patrimônio total do casal. Já no regime da separação obrigatória de bens, aplicável nas hipóteses de (1) casamento contraído com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, (2) casamento de pessoa maior de 60 anos e (3) casamento de pessoa que dependeu de suprimento judicial (art. 1.641 do Código Civil), é a própria lei que obriga os contraentes a administrarem com exclusividade os seus bens particulares, adquiridos anteriormente ao casamento (art. 1.687 do Código Civil). Assim, não seria coerente, na dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges, que o outro pudesse herdar parte do patrimônio particular do falecido, já que o regime da separação obrigatória de bens tinha o objetivo oposto, ou seja, impedir que os bens particulares de um cônjuge se comunicassem ao patrimônio do outro. Vale ressaltar que o inciso I do art. 1.829 fez remissão equivocada ao art. 1.640, parágrafo único, já que as hipóteses de obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens estão descritas, na verdade, no art. 1.641 do Código Civil.

4 *Conforme esclareceremos no item 5, não nos parece correto incluir o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, já que sua qualidade de herdeiro depende de outros fatores, não aplicáveis aos demais herdeiros necessários (descendentes e ascendentes).*

Estranhamente, ao excluir expressamente da qualidade de herdeiro, em concorrência com os descendentes, o cônjuge supérstite casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens, o art. 1.829, inciso I, permite que o cônjuge casado sob tal regime não em virtude de obrigação legal, mas por opção do casal (separação convencional de bens), ocupe a qualidade de herdeiro. É uma incongruência da lei, já que, se o próprio Código Civil, em seu art. 1.640, parágrafo único⁵, permite que os contraentes optem pelo regime da separação de bens, não deveria agora, após a morte de um dos cônjuges, aquinhoar o outro com parte na herança, em concorrência com os descendentes, já que isso obviamente contraria o objetivo do casal ao optar por aquele regime. Não cabe aqui, todavia, qualquer interpretação restritiva que possa prejudicar o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, sendo recomendável, no entanto, alteração legislativa que venha a suprimir a palavra “obrigatória” no inciso I do art. 1.829, a fim de melhorar a coerência do sistema.

O ponto nevrálgico é, sem dúvida, a situação do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial. Lembre-se que, no Brasil, na quase totalidade dos casamentos celebrados a partir da vigência da Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que modificou o art. 258 do Código Civil de 1916⁶, foi adotado o regime da comunhão parcial. O Novo Código Civil continua adotando o regime da comunhão parcial como regime legal de bens, na ausência de estipulação em contrário pelos cônjuges⁷.

De acordo com o art. 1.829, inciso I, e apesar da péssima redação do dispositivo, acreditamos que o fator mais importante a ser analisado não é a estranha pontuação utilizada pelo legislador, mas sim a finalidade da norma, que é, sem dúvida, proteger o cônjuge sobrevivente em determinada situação, aumentando-lhe o patrimônio através da atribuição de quinhão na herança.

A melhor interpretação, portanto, é a de que o cônjuge supérstite, casado com o autor da herança sob o regime da comunhão parcial, e desde que possua direito sucessório (art. 1.830), só concorre à herança com os descendentes caso o falecido tenha deixado bens particulares. Evidentemente, na ausência de bens particulares do falecido, não é necessário atribuir ao viúvo o *status* de herdeiro, pelas mesmas razões já expostas quando tratamos do regime da comunhão universal: é

5 “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula...”

6 Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

7 Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

que a meação do cônjuge sobrevivente, nesse caso, já é equivalente à metade de todos os bens do casal (ou até superior, caso ele próprio possua bens particulares), não havendo necessidade de protegê-lo na sucessão. Ao contrário, havendo bens particulares do falecido (adquiridos anteriormente ao casamento, ou recebidos em virtude de doação ou sucessão), e sendo tais bens de valor significativo, a meação do cônjuge supérstite será proporcionalmente pequena em relação à totalidade dos bens do casal. Nessa hipótese, é perfeitamente justificável a intenção da lei de aquinhoar o cônjuge sobrevivente, como forma de proteção patrimonial, evitando que ele permaneça apenas com a sua meação, que poderia ser, comparada ao patrimônio total do casal, ínfima ou desproporcional, incapaz de manter o seu padrão de vida após a viuvez. Por outro lado, todavia, caso os bens particulares deixados pelo autor da herança sejam de pequeno valor, em comparação com o montante dos bens pertencentes ao casal, ou se, ao contrário, é o viúvo quem possui bens particulares de valor significativo, o cônjuge sobrevivente ficará em vantagem despropositada na partilha dos bens, ao figurar como meeiro e herdeiro, ainda que ausente qualquer necessidade protetiva, em prejuízo, portanto, dos descendentes, que terão seu quinhão reduzido injustamente. Esse, infelizmente, é o preço a pagar pela fórmula açodada que o legislador adotou, e cujo objetivo é aumentar o amparo patrimonial do cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial, mas que pode, em certos casos, aumentar indevidamente o patrimônio de quem não precisa dessa proteção. Caberá, portanto, à jurisprudência, nos casos em que a aplicação do dispositivo venha provocar uma situação contrária à pretendida pela finalidade da norma, optar pela sua não utilização, a fim de manter a coerência e integridade do sistema.

Apesar da redação do dispositivo exigir que o falecido tenha deixado “bens particulares” (no plural), entendemos que, por uma questão de coerência do sistema, basta que o falecido tenha deixado um único bem particular para que o cônjuge supérstite, casado sob o regime da comunhão parcial, possa concorrer à sucessão com os descendentes. Observe-se que um único bem particular autor da herança pode ter valor superior à totalidade dos aquestos.

Nos demais regimes de bens (de participação final nos aquestos ou dotal, este último no caso de casamento celebrado sob a vigência do antigo Código Civil), o cônjuge, possuindo direito sucessório (art. 1.830), é sempre herdeiro em concorrência com os descendentes.

Evidentemente, e não havendo no art. 1.829 nenhuma restrição, o quinhão de herança do cônjuge sobrevivente, da mesma maneira que o dos demais herdeiros necessários, recai sobre a totalidade da herança, formada pela meação do falecido sobre os bens comuns do casal e pelos seus bens particulares, sobre os quais o viúvo não possui meação, em decorrência do regime de bens do casamento (de

comunhão parcial, de separação convencional, de participação final nos aquestos ou dotal, este último celebrado na vigência do Código Civil anterior).

A interpretação realizada por parte da doutrina, no sentido de que o quinhão do cônjuge supérstite não recai sobre a totalidade do monte, mas apenas sobre os bens particulares do falecido, não encontra amparo algum na lei. Todos os herdeiros legítimos, constantes do rol do art. 1.829, participam da partilha de todos os bens do espólio, à exceção dos legados. É o que prevê o art. 1.788 do Código Civil:

“Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Além disso, o art. 1.832 do Código Civil⁸ estipula, como regra, que concorrendo com os descendentes, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça. Evidentemente, não será possível respeitar tal disposição atribuindo-se quinhão aos herdeiros sobre a totalidade dos bens passíveis de sucessão legítima e quinhão ao viúvo incidente apenas sobre parte daquele acervo (os bens particulares do falecido).

O art. 1.829 não formulou nenhuma exceção à regra geral, de que o quinhão recai sobre todos os bens não testados, que possa ser aplicada ao cônjuge sobrevivente. Pelo contrário, a referência do inciso I à existência de bens particulares do falecido serve apenas para conferir ao viúvo, casado sob o regime da comunhão parcial, a qualidade de herdeiro concorrente, jamais para limitar o quinhão do cônjuge, qualquer que seja o regime de bens do casamento (exceto, evidentemente, os da comunhão universal e da separação obrigatória de bens, em que o cônjuge não é herdeiro concorrente por expressa disposição legal), aos bens particulares deixados pelo autor da herança.

Entender o contrário seria permitir, por absurdo, que o companheiro pudesse vir a ter um tratamento mais afortunado que o cônjuge no tocante à herança (quando os bens comuns totalizarem valor muito superior aos bens particulares do falecido), já que o quinhão daquele recai exclusivamente sobre os bens comuns (art. 1.790 do Código Civil). Por esse motivo também, entendemos que o quinhão

8 Tal dispositivo será melhor analisado ao final deste item.

9 Recorde-se, aqui, que na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725 do Código Civil), o que já garante ao companheiro um tratamento igual ao da grande maioria dos casamentos na constituição do patrimônio comum.

do cônjuge, casado sob regime de bens que lhe permita herdar concorrendo com os descendentes do falecido, deve incidir sobre todos os bens do espólio (comuns e particulares). Resta esclarecer que não estamos sustentando aqui que o cônjuge merece tratamento privilegiado em relação ao companheiro no tocante à sucessão, mas apenas buscando a interpretação mais coerente dentre as possíveis na hipótese. Desde a Constituição Federal de 1988, passando pelas Leis de nº 8.971/1994 e 9.278/1996, e agora pelo Novo Código Civil, a legislação tem buscado garantir, cada vez mais, os direitos daqueles que vivem em união estável. Se ainda não chegamos à situação ideal, ou se o Novo Código Civil acabou suprimindo direitos sucessórios anteriormente materializados nas Leis de nº 8.971/1994 e 9.278/1996, é possível sustentar que a legislação deve evoluir no sentido de equiparar a situação do companheiro à do cônjuge em relação aos direitos sucessórios. Não é possível, porém, a nosso ver, afirmar que, em determinadas situações, o companheiro pode receber tratamento privilegiado em relação ao cônjuge no tocante à sucessão, pois tal interpretação é portadora de inconfundível incoerência, seja do ponto de vista histórico, seja do ponto de vista sistemático, violando qualquer integridade que se pretenda atribuir ao sistema.

Por fim, vale acrescentar que o legislador atribuiu ao cônjuge supérstite não somente a condição de herdeiro concorrente com os descendentes (art. 1.829, inciso I), mas também a condição de herdeiro necessário (art. 1.845). Dessa forma, não pode o intérprete trilhar o caminho de, como regra, privilegiar o interesse dos descendentes em relação ao do cônjuge (por exemplo, reduzindo o monte sobre o qual recai a herança do viúvo), sem que a lei expressamente o permita, sob pena de estar agindo na contramão do que pretendeu o legislador. Se for assim, melhor seria retornarmos ao sistema do Código Civil de 1916, em que o cônjuge, além de não ser considerado herdeiro necessário, somente herdava na ausência de descendentes e ascendentes, jamais concorrendo com eles à sucessão.

Situação bem diferente é a do companheiro que, nos termos do art. 1.790, também é herdeiro legítimo (apesar da estranha localização que o legislador deu a esse dispositivo), mas seu quinhão incide apenas sobre a meação do falecido nos bens adquiridos onerosamente durante a união estável. Note-se, ainda, que como o companheiro não é herdeiro necessário (conforme o art. 1.845 do Código Civil), nada impede que o testador o exclua da sucessão legítima, dispondo da metade de seu patrimônio, se houver herdeiros necessários, ou da totalidade, não os havendo. Observe-se que, havendo herdeiros necessários, eles possuem direito, nos termos do art. 1.846 do Código Civil, à metade dos bens da herança (legítima). Se o testador dispôs da outra metade sem contemplar o companheiro, nada lhe caberá nos termos do art. 1.790, pois o companheiro não poderá ter quinhão incidindo

sobre a legítima dos herdeiros necessários, sob pena de redução da legítima e violação ao art. 1.846.

Essa é a solução apresentada pela conjugação dos arts. 1.790, 1.845 e 1.846 do Código Civil. Não foi boa, todavia, a opção legislativa. Seria melhor se o legislador, suprimindo o art. 1.790, incluísse o companheiro no art. 1.829, tratando cônjuge e companheiro da mesma maneira no tocante à sucessão legítima.

Não é recomendável, todavia, a inclusão do companheiro no rol dos herdeiros necessários constante do art. 1.845, mas sim a retirada dessa qualidade do cônjuge, pelas razões que ainda teremos oportunidade de expor¹⁰. O tema da sucessão legítima do companheiro, todavia, é matéria para outro trabalho.

Sobre o tema deste item, resta analisar o art. 1.832 do Código Civil, que dispõe:

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, 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”.

A regra, portanto, é de que cabe ao cônjuge sobrevivente a mesma fração da herança atribuída aos demais herdeiros que sucedem por direito próprio (por cabeça). Assim, concorrendo com filhos do falecido (sejam também filhos seus ou não), caberá ao cônjuge $\frac{1}{4}$ da herança, havendo três filhos, $\frac{1}{3}$ da herança, havendo dois filhos, e metade da herança, havendo apenas um filho.

Por exceção, a parte final do dispositivo atribuiu ao cônjuge supérstite uma quota mínima de $\frac{1}{4}$ da herança, desde que ele seja ascendente de todos os herdeiros com que concorrer, ou seja, desde que não existam descendentes exclusivos do falecido concorrendo à sucessão. Nesse caso, havendo quatro filhos do casal, caberá $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge, e $\frac{3}{16}$ a cada um dos filhos; havendo cinco filhos do casal, caberá $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge, e $\frac{3}{20}$ a cada um dos filhos; havendo seis filhos do casal, caberá $\frac{1}{4}$ da herança ao cônjuge, e $\frac{3}{24}$ a cada um dos filhos; e assim sucessivamente.

Havendo, todavia, pelo menos um descendente exclusivo do falecido, não se podendo aplicar a exceção, aplica-se a regra geral da primeira parte do artigo. Não comungamos, portanto, da opinião de que o legislador esqueceu-se de prever a hipótese de existência de descendentes comuns e exclusivos do autor da herança concorrendo com o cônjuge supérstite à sucessão. Na verdade, o art. 1.832 é bastante claro ao atribuir, por exceção, uma quota mínima da herança

¹⁰ Vide item 5 deste trabalho.

ao viúvo somente na hipótese de concorrência à sucessão exclusivamente com descendentes comuns, não se podendo falar em quota mínima do cônjuge quando houver pelo menos um descendente exclusivo do falecido, restando ao cônjuge, nessa hipótese, a aplicação da regra geral, atribuindo-lhe quota igual a dos herdeiros que sucederem por cabeça.

É princípio básico do direito sucessório que os herdeiros que ocupam a mesma categoria devem receber o mesmo quinhão na herança. O Novo Código Civil, a respeito do tema, estipula:

“Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

Esse dispositivo afasta, por absoluta incoerência com o sistema, qualquer interpretação que, garantindo uma fração mínima da herança ao cônjuge sobrevivente, permita que os descendentes comuns e os descendentes exclusivos do falecido, ocupantes da mesma classe (filhos, por exemplo), recebam quinhões desiguais.

Considerando, todavia, a possibilidade do testador destinar parte do patrimônio a título de sucessão testamentária, deve-se interpretar a palavra “herança”, constante do art. 1.832, como sendo a parte da herança sujeita à sucessão legítima. Dessa maneira, a quota mínima do cônjuge, caso concorra exclusivamente com seus descendentes, não é a quarta parte da herança, mas sim a quarta parte do montante passível de sucessão legítima. Se aplicássemos aqui uma interpretação literal, tendo o falecido testado metade da herança, e cabendo ao cônjuge sobrevivente $\frac{1}{4}$ da mesma (25% do total da herança), restariam aos filhos comuns apenas $\frac{1}{4}$ do total, para ser entre eles dividido.

Em nossa opinião, não foi boa idéia estabelecer, ainda que por exceção, uma quota mínima em favor do viúvo. É que o número de descendentes comuns do casal é variável, de forma que é impossível ao legislador estabelecer uma quota fixa que reflita uma situação justa em qualquer hipótese. Seria melhor suprimir do art. 1.832 a parte final, ou seja, a exceção da quota mínima, mantendo exclusivamente a regra contida na primeira parte.

4. O CÔNJUGE SOBREVIVENTE CONCORRENDO COM OS ASCENDENTES DO FALECIDO

Inexistindo descendentes do autor da herança, o cônjuge sobrevivente possuidor de direito sucessório (nos termos do art. 1.830) concorre na sucessão com os ascendentes (arts. 1.829, inciso II, e 1.836, ambos do Novo Código Civil). Note-

se que, ao contrário da hipótese anterior (concorrência com os descendentes), o cônjuge supérstite agora herda qualquer que seja o regime de bens do casamento.

Nos termos do art. 1.837 do Código Civil, se concorrer com ascendente em primeiro grau (pais do falecido), caberá ao cônjuge sobrevivente um terço da herança. Porém, se houver um só ascendente, ou se for maior aquele grau (avós do falecido), caberá ao cônjuge metade da herança. Na última hipótese, a outra metade da herança ainda deverá ser dividida entre os ascendentes da linha paterna e da linha materna do falecido (art. 1.836, § 2º, do Novo Código Civil), à razão de 25% do espólio para cada linha (já que os outros 50% cabem ao cônjuge sobrevivente). Observe-se que a divisão aqui não é por cabeça entre os ascendentes de segundo grau ou superior, mas por linha. Apenas dentro de cada linha é que a divisão é por cabeça (por exemplo, entre o avô e a avó maternos).

Não existe direito de representação na classe dos ascendentes, de forma que o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, § 1º, do Novo Código Civil).

Não havendo descendentes nem ascendentes do falecido no momento da abertura da sucessão, ao cônjuge sobrevivente, desde que possua direito sucessório (art. 1.830 do Novo Código Civil), caberá a totalidade da herança (arts. 1.829, inciso III, e 1.838, ambos do mesmo diploma legal).

Se o cônjuge sobrevivente não tiver direito sucessório, a totalidade da herança caberá aos colaterais até o quarto grau (art. 1.839 do Código Civil).

5. O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Estipula o Novo Código Civil:

“Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

É importante ressaltar que, apesar do teor do dispositivo, o cônjuge sobrevivente nem sempre é herdeiro necessário. Somente possuirá esse *status* o cônjuge que tiver direito sucessório¹¹ (art. 1.830) e, se concorrer com os descendentes do falecido (art. 1.829, inciso I), o regime de bens do casamento também o permitir¹². Concorrendo, ao contrário, com ascendentes do falecido, e tendo direito sucessório, nos termos do art. 1.830, independentemente do regime de bens do casamento, o cônjuge será herdeiro necessário.

11 Vide item 2 deste trabalho.

12 Vide item 3 deste trabalho.

Portanto, não nos parece correto incluir o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, já que, para ser herdeiro, deverá ele preencher os requisitos dos arts. 1.829, inciso I, e 1.830 do Código Civil, requisitos esses que não se aplicam aos demais herdeiros necessários. Assim, os descendentes e ascendentes sempre terão assegurada a sua participação na sucessão legítima, enquanto que a concorrência do cônjuge fica condicionada a certos fatores. Assim, seria mais lógico e coerente excluir o cônjuge do art. 1.845, já que nem sempre ele poderá participar da sucessão legítima.

6. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

A respeito do tema, o Novo Código Civil estipula que:

“Art. 1.831. 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”.

Portanto, o cônjuge sobrevivente, possuindo direito sucessório ou não, e independentemente do regime de bens do casamento, tem o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único imóvel residencial do espólio. A finalidade do dispositivo é resguardar o cônjuge supérstite, garantindo-lhe a mesma moradia que possuía na constância do casamento após a partilha dos bens, evitando o seu desamparo. Todavia, se constar do espólio mais de um bem imóvel de natureza residencial, não haverá direito real de habitação em favor do viúvo.

Lamentavelmente, sendo omissa a respeito o art. 1.831, o direito real de habitação é conferido vitaliciamente ao cônjuge supérstite. Atualmente, seria recomendável estipular a cessação desse direito real em caso de novo casamento ou união estável do titular do benefício. Aliás, o art. 1.611, § 2º, do revogado Código Civil de 1916, já previa a limitação do direito real de habitação enquanto durasse a viuvez do cônjuge sobrevivente.

Note-se que o Novo Código Civil não concedeu o direito real de habitação ao companheiro. E não é possível invocar tal direito com base no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996, não revogada expressamente pelo Novo Código Civil.

A nosso ver, o Novo Código Civil, ao regulamentar integralmente a união estável no Título III do Livro IV da Parte Especial, ab-rogou as Leis de nº

8.971/1994 e 9.278/1996. A respeito do tema, estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942):

“Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Além disso, o inciso IV do art. 7º da Lei Complementar nº 95/1998 estabelece que “o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subseqüente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa”. O Novo Código Civil, evidentemente, não quis complementar as leis anteriores que tratavam da união estável, nem fez qualquer remissão expressa aos referidos diplomas legais.

Assim, como o Novo Código Civil regulamentou inteiramente a união estável nos arts. 1.723 a 1.727 e 1.790, estão revogados os diplomas legais anteriores que tratavam do mesmo tema. É bem verdade, todavia, que o Novo Código Civil deveria ter revogado expressamente as Leis de nº 8.971/1994 e 9.278/1996, como estipula o art. 9º da Lei Complementar 95/1998¹³.

Reconhecemos, por fim, que seria recomendável incluir o companheiro na redação do art. 1.831 do Código Civil, garantindo-lhe tratamento igualitário ao cônjuge também no tocante ao direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, se for o único bem imóvel residencial a inventariar.

7. CONCLUSÃO

Ao tentar obter uma interpretação coerente do direito sucessório como um todo, e que esteja calcada exclusivamente na lei, chegamos, evidentemente, a algumas conclusões que podem ser contestadas por diversos motivos.

Para exemplificar, nossa opinião de que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial, herda sobre a totalidade da herança passível de sucessão legítima (e não apenas sobre os bens particulares do falecido) não reflete a posição majoritária na doutrina nacional.

13 “Art. 9º. A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”.

Esperamos, todavia, ter obtido a melhor interpretação que uma visão holística da legislação sucessória permitiria, considerando que, apesar de nossos esforços em realçar a integridade do sistema, diversas falhas legislativas, que foram abordadas em nossa exposição, dificultaram o nosso propósito. Isso nos levou, inclusive, a elaborar algumas sugestões de reforma, visando tornar a legislação mais coerente.

Não foi nossa intenção desconsiderar os trabalhos doutrinários já realizados, mas apenas produzir uma interpretação sob uma ótica diferente, que focasse não em cada dispositivo separadamente, mas que procurasse uma lógica no direito sucessório visto em seu conjunto, que encontrasse ali os seus princípios e os respeitasse, para que tais princípios viessem, depois, nos ajudar na interpretação de cada dispositivo individualmente. Por isso, deixamos de embasar nossas conclusões em trabalhos realizados por outros autores, procurando sempre realçar o fundamento legal.

8. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 set. 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).
- _____. Lei nº 3.071, de 1º jan. 1916 (antigo Código Civil).
- _____. Lei nº 6.515, de 26 dez. 1977 (Lei do Divórcio).
- _____. Lei nº 8.971, de 29 dez. 1994.
- _____. Lei nº 9.278, de 10 mai. 1996.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 jan. 2002 (Novo Código Civil).
- _____. Lei nº 11.441, de 4 jan. 2007.
- _____. Lei Complementar nº 95, de 26 fev. 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

