

A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido (art. 1.829, I, do Código Civil de 2002)

JOÃO AGNALDO DONIZETI GANDINI
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

CRISTIANE BASSI JACOB
Advogada em Ribeirão Preto (SP)

1. Introdução

Bem sabemos que o Código Civil de 2002 inovou no que tange à matéria sucessória, dispondo acerca da nova ordem de vocação hereditária no artigo 1.829, inciso I. Ocorre que o artigo mencionado é alvo de diversas interpretações, em decorrência de um sinal de pontuação, o qual, de acordo com cada entendimento, faz com que o artigo tenha um ou outro significado.

Faremos uma abordagem sucinta do assunto proposto, relacionando alguns institutos paralelos, para que, ao final, possamos definir a *intentio legis*.

Nossa problemática se encerra na questão da real interpretação do referido artigo, buscando entender não somente a vontade do legislador ao formulá-lo, mas também a sua aplicação prática.

Pretendemos, com a elaboração do presente trabalho, levar ao debate dos operadores do Direito as diferentes possibilidades exegéticas do artigo supracitado,

tendo em vista que eles, na prática, já vêm sentindo certo receio na sua aplicação ao caso concreto por ainda não haver sido firmado um entendimento uniforme.

2. Da sucessão hereditária

A sucessão é uma das formas de aquisição da propriedade, em que créditos e obrigações são atribuídos aos sucessores *causa mortis*.

A sucessão hereditária só é aberta no momento da morte do *de cuius*; assim, faz-se necessária a fixação do dia e da hora do falecimento, posto que determinarão o momento da *saisine*.

Pode-se afirmar que o direito sucessório tem a finalidade de regular o destino do patrimônio de alguém. Nesse sentido, o termo sucessão indica a transmissão de direitos, operada *inter vivos* ou *mortis causa*.

MARIA HELENA DINIZ, com maestria, nos ensina que a palavra sucessão, em sentido amplo, se aplica a todos os modos derivados de aquisição do domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se no todo, ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. Trata-se da sucessão *inter vivos*. Já em sentido restrito, sucessão é a transferência total ou parcial da herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão *mortis causa*, que, no conceito subjetivo, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança; e, no conceito objetivo, indica a universalidade dos bens do *de cuius*, caracterizados por seus direitos e encargos.¹

2.1. Da sucessão singular e universal

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

Assim, quando é transferida ao sucessor a totalidade do patrimônio do *de cuius*, ou uma fração dele, abrangendo tanto seu ativo como seu passivo, o sucessor é denominado herdeiro universal.

Diferentemente ocorre na hipótese em que o sucessor recebe bem específico e determinado; é a denominada sucessão singular, que pode se operar em virtude de ato *inter vivos* ou de falecimento; neste último caso, o sucessor é denominado legatário, sendo aquele que é contemplado, em testamento, com coisa certa, determinada, precisa e individualizada pelo testador.

DINIZ conceitua quanto à sucessão a título universal e a título singular, respectivamente:

“Quando houver transferência da totalidade ou de parte indeterminada da herança, tanto no seu ativo como no passivo, para o herdeiro do de cuius, que se subroga, abstratamente, na posição do falecido, como titular da totalidade ou de parte ideal daquele patrimônio no que concerne ao ativo, assumindo a responsabilidade relativamente ao passivo. Quando o testador transfere ao beneficiário apenas objetos certos e determinados, por exemplo: uma jóia, um cavalo, uma

¹ Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

*determinada casa na rua 'X' etc. Nessa espécie é o legatário que sucede ao de cujus, sub-rogando-se concretamente na titularidade jurídica de determinada relação de direito, sem representar o morto, pois não responde pelas dívidas da herança.*²

2.2. Da sucessão legítima e testamentária

A sucessão também poderá ser legítima ou testamentária. A primeira se dá por força da lei; já a segunda se dá exclusivamente pela vontade do autor da herança.

Em não havendo testamento ou sendo esse caduco, ou revogado, ou julgado nulo, ou não abrangendo todos os bens, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferindo-se o patrimônio do falecido às pessoas expressamente indicadas pela lei e de acordo com a ordem de vocação hereditária.

Denominamos herdeiro legítimo aquele que é indicado pela lei, consoante ordem de vocação hereditária, a qual será objeto de estudo a seguir; e denominamos herdeiro testamentário aquele que é nomeado ou instituído, designado pelo testador no ato de última vontade.³

O brasileiro — diga-se — não tem o costume de elaborar testamento, uma vez que temos uma cultura negativista a esse respeito.

2.3. Dos herdeiros necessários e da meação do cônjuge supérstite

O novo Código Civil elenca, no artigo 1.845, as pessoas que o legislador selecionou para que ocupassem a categoria de herdeiros necessários. Preceitua o dispositivo: *“São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”*.

Herdeiros necessários são aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido; portanto, apenas quando fundamentado em fato caracterizador de ingratidão por parte de seu herdeiro necessário, poderá o autor da herança dela afastá-lo; e, ainda assim, apenas se tal fato estiver previsto em lei como autorizador de tão drástica consequência.

Como esclarece SILVIO DE SALVO VENOSA:

“O cônjuge vem, no Código Civil de 1916, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Não é herdeiro necessário, podendo, pois, ser afastado da sucessão pela via testamentária. Nesse código, o cônjuge herda na ausência de descendentes ou ascendentes. A dissolução da sociedade conjugal exclui o cônjuge da vocação sucessória (...). A doutrina sempre defendeu a colocação do cônjuge como herdeiro necessário,

² *Op. cit.*, p. 21.

³ Verificamos que o brasileiro, por uma questão cultural, não tem o hábito de falar sobre a morte, menos ainda é voltado para a prática da sucessão testamentária, ou seja, a elaboração de testamentos. GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA complementa afirmando que muitos entendem que tais práticas atraem o azar; assim, se resguardam nem mesmo comentando sobre o assunto. Direito das sucessões: disposições gerais e sucessão legítima. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093. Acesso em 10 de novembro de 2003.

posição que veio a ser conquistada com o Código Civil de 2002. Isso porque, no caso de separação de bens, o viúvo ou a viúva poderiam não ter patrimônio próprio, para lhes garantir a sobrevivência.”⁴

O cônjuge é herdeiro, sem prejuízo da meação em razão do regime de bens. É, dessa forma, herdeiro necessário, tendo direito real de habitação em qualquer regime de bens, caso a herança seja composta por um único imóvel residencial. Entendemos justa a proteção estendida ao cônjuge, tendo em vista que a maioria dos casais constituiu seu patrimônio conjuntamente, não parecendo certo ser excluído aquele da sucessão *causa mortis*.

Os descendentes são os parentes em linha reta, isto é, os filhos, netos, bisnetos etc., contando-se, sem limite, os graus de parentesco pelo número de gerações. É irrelevante para o direito ter sido o descendente havido ou não da relação de casamento, ou mesmo por adoção; todos herdaram em igualdades de condições.⁵

Quando o falecido houver deixado herdeiro necessário, seu patrimônio se divide, por assim dizer, em duas partes: a quota disponível e a legítima, sendo esta cabente àqueles.

Insta ressaltar que a meação é o direito que uma pessoa tem em relação aos bens comuns; assim, podemos dizer que se traduz na metade dos bens da comunhão. No direito das sucessões, a meação é a parte que cabe ao cônjuge supérstite, parte essa que compreende a metade dos bens do acervo.

SYLVIA MARIA MENDONÇA DO AMARAL assevera:

“(...) No regime da comunhão universal de bens e no da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente tem direito à metade dos bens do casal em virtude da meação. Aqui não estamos falando em direitos sucessórios, herança e sim em parte dos bens que já pertenceriam ao cônjuge em decorrência do regime de casamento e não serão objeto de inventário e partilha entre os herdeiros.”⁶

Não podemos confundir a meação com a herança propriamente dita, uma vez que aquela representa o direito de cada sócio da sociedade conjugal, consistente em metade dos bens. Quanto à herança, será representada pela outra metade dos bens.

3. Dos regimes de bens e o artigo 1.829, inciso I, do Código Civil

Para que possamos ter um melhor entendimento da matéria, faremos uma breve explanação acerca dos regimes de bens, haja vista que estão vinculados diretamente à interpretação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

O regime de bens é o instituto que determina a comunicação ou não do patrimônio do casal após a realização do casamento; tem por finalidade regular o patrimônio, anterior e posterior ao casamento, e também a administração dos bens.

⁴ “A sucessão hereditária dos cônjuges”. Disponível em: www.inteligentiajuridica.com.br/especial6.html. Acesso em 10 de novembro de 2003.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 803.

⁶ “A sucessão entre cônjuges”. Disponível em: www.google.com.br/search?q=cache:pACq5hfCK1KJ:www.csalaw.com.br/pdf/Informativo40.pdf+herdeiro+necess%C3%A1rio&hl=pt&ie=UTF-8. Acesso em 10 de novembro de 2003.

Assim, o regime de bens pode ser visto como uma consequência jurídica do casamento, que se viabiliza com o pacto antenupcial, o qual é celebrado de forma solene, mediante instrumento público, sob pena de nulidade.

Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto ao regime de bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial de bens. Com a falta de manifestação do casal no sentido de escolha do regime o Estado supre sua vontade.

Anteriormente, com o Código Civil de 1916, tínhamos quatro regimes de bens, a saber: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação de bens e dotal. Com a vigência do Código Civil de 2002 foram disciplinados os seguintes regimes, a saber: a) comunhão parcial de bens; b) comunhão universal de bens; c) participação final nos aqüestos; e d) separação de bens, suprimindo-se o regime dotal, totalmente em desuso na atualidade. Porém, passamos a contar com um regime novo: a participação final nos aqüestos.

3.1. Do regime de comunhão parcial

Trata-se do regime oficial de bens no casamento, pelo qual se comunicam apenas e tão somente os bens adquiridos na constância do casamento, e revelando, por isso mesmo, um acervo de bens que pertencerão exclusivamente ao marido ou exclusivamente à mulher; ou que pertencerão a ambos.

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

VENOSA, com propriedade, preconiza:

“Uma vez dissolvida a comunhão, cada cônjuge retirará seus bens particulares e serão divididos os bens comuns. (...) se o consorte firmara compromisso de compra e venda de imóvel antes do casamento, esse bem não se comunica, ainda que a escritura definitiva seja firmada após, salvo se houver prova de que houve contribuição financeira do outro cônjuge após o casamento.”⁷

De conformidade com o artigo 1.662 do Código Civil, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior.

É importante ressaltar que as dívidas contraídas por um dos cônjuges, na administração de seus bens particulares e em benefício desses, não obrigam os bens comuns.

3.2. Do regime de comunhão universal de bens

Anteriormente, estatua o Código Civil de 1916 que o regime de comunhão universal de bens era, até o advento da Lei do Divórcio, considerado como o regime legal.

De acordo com o artigo 1.667 do novo Código Civil: *“O regime de comunhão*

⁷ *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 181.

universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte”.

Quando analisamos este regime notamos que a comunhão não se dá exclusivamente quanto ao patrimônio, mas também há uma comunhão de interesses.

Com a dissolução da sociedade conjugal, cabe ao casal efetuar a divisão do ativo e do passivo, visando, com isso, a cessação de responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro (artigo 1.671 do Código Civil).

3.3. Do regime da separação obrigatória de bens

O regime da separação obrigatória de bens está disposto no artigo 1.641 do Código Civil:

*“É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de sessenta anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.”*

Há distinção entre o regime da separação convencional de bens e o da separação obrigatória (legal) de bens; no primeiro, os nubentes estipulam livremente, em contrato (pacto antenupcial), antes de celebrado o casamento, o que melhor lhes convém quanto aos seus bens; já, no segundo, é obrigatória a separação dos bens, decorrendo essa da vontade da lei.⁸

Tendo em vista a Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, a qual estatui que *“no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”*, percebemos uma incongruência muito grande com relação ao significado e finalidade do regime de bens em comento. Dessa forma, podemos enfatizar que tal súmula deve ser revogada, levando-se em conta as divergências ocasionadas e, acima de tudo, sua falta de coerência com o contexto em que se insere.

3.4. Do regime da participação final nos aqüestos

O novo regime de bens está disposto no artigo 1.672 do Código Civil, nos seguintes termos:

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

VENOSA explicita quanto ao novo regime de bens:

⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 746.

*"(...) Trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens e da comunhão de aqüestos. (...) Esse regime, com muitas nuances e particularidades diversas, é adotado também em outras legislações. Sua utilidade maior, em princípio, é para aqueles cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem um certo patrimônio ao casar-se ou a potencialidade profissional de fazê-lo posteriormente."*⁹

NELSON NERY JUNIOR fala das características do regime em comento:

*"Pelo regime de participação final dos aqüestos, os cônjuges vivem sob verdadeira separação de bens, vale dizer, cada cônjuge tem a livre administração de seus próprios bens, enquanto durar a sociedade conjugal. A eficácia desse regime de bens quanto à efetiva participação final dos aqüestos só surge com o fato jurídico da dissolução da sociedade conjugal. Antes disso, o casal vive sob o regime da separação de bens. Na constância da sociedade conjugal, tudo o que os cônjuges adquirem integrará, respectivamente, a massa do patrimônio de cada um. No momento da dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, a título oneroso e, divididos pela metade para cada um dos cônjuges."*¹⁰

HIRONAKA assevera quanto ao novo regime de bens:

*"(...) cada cônjuge possui patrimônio próprio, que administra e do qual pode dispor livremente, se de bens móveis se tratar, dependendo da outorga conjugal apenas para a alienação de eventuais bens imóveis (CC, arts. 1.672 e 1.673). Mas se diferencia do regime da separação de bens porquanto, no momento em que se dissolve a sociedade conjugal por rompimento dos laços entre vivos ou por morte de um dos membros do casal, o regime de bens como que se transmuda para adquirir características do regime da comunhão parcial, pelo que os bens adquiridos onerosamente e na constância do matrimônio serão tidos como bens comuns desde a sua aquisição, garantindo-se, assim, a meação ao cônjuge não-proprietário e não-administrador."*¹¹

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

⁹ *Op. cit.*, p. 191.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 743.

¹¹ "Casamento e regime de bens". Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4095. Acesso em 13 de julho de 2003.

4. Da vocação hereditária

A expressão vocação, do latim, significa convocação, pois vem *de vocatio*, sendo a convocação legal de alguém para que venha receber a herança ou a parte que lhe cabe. Tal chamamento obedecerá à ordem estipulada pelo Código Civil, conforme veremos em item apropriado. No entendimento de SILVIO RODRIGUES, a ordem de vocação hereditária é uma relação preferencial estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder ao finado.¹²

Na sucessão legítima, são convocados os herdeiros segundo a ordem de vocação hereditária estatuída no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. MARIA HELENA DINIZ ensina:

“Todavia, toda regra comporta exceção, pois há casos de sucessão anômala ou irregular, admitidos por lei, de variação da ordem de vocação hereditária, ou seja, em que não se aplica o princípio de que a existência de herdeiro de uma classe exclui da sucessão os herdeiros da classe subsequente (...). Assim, a ordem de vocação hereditária, estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil, pode ser alterada, tratando-se de bens existentes no Brasil, pertencentes a estrangeiro falecido, casado com brasileira e com filhos brasileiros, se a lei nacional do de cujus for mais favorável àquelas pessoas do que o seria a brasileira. (...) A Lei nº 6.858/80, regulamentada pelo Decreto nº 85.845/81, bem como o art. 20 da Lei nº 8.036/90, regulamentada pelo Decreto nº 99.684/90, que mandam pagar, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento. (...) Os sucessores do de cujus não poderão levantar esses valores em detrimento das pessoas inscritas na Previdência Social. (...) As quotas somente poderão ser levantadas pelos sucessores, mediante alvará judicial, se ficar comprovada a inexistência de dependentes habilitados.”¹³

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

4.1. Da origem histórica da vocação hereditária

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

¹² *Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 61-62.

¹³ *Op. cit.*, pp. 93-95.

Atualmente, não verificamos os privilégios da varonia e da primogenitura, per-tencendo eles ao passado, uma vez que há uma norma constitucional que dispõe que todos são iguais perante a lei (artigo 5º da CF/ 88, *caput*). Dessa forma, homens e mulheres têm direitos iguais, não havendo também mais distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Falamos, pois, em igualdade e uniformização da transmissão hereditária; conseqüentemente, o direito sucessório é único, valendo para todos.

FERNANDA DE SOUZA RABELLO reporta-nos:

“Pelo Direito Brasileiro anterior ao Código Civil, prevalecia na sociedade conjugal o regime da comunhão de bens, na falta de contrato antenupcial em contrário; por isso, cabia ao consorte supérstite, por direito próprio, não como herança, a metade do acervo resultante de se confundirem os patrimônios dos dois esposos; tocava-lhe, em partilha, a outra metade, se não havia descendentes, ascendentes, nem colaterais até o décimo grau. No regime das Ordenações, o cônjuge herdava em quarto lugar, após os colaterais. Somente com o Decreto nº 1.839/1907, conhecido por Lei Feliciano Pena, passou a ocupar o terceiro lugar, no que foi seguido pelo Código Civil, no seu artigo 1.611. A Lei nº 4.121 de 1962 e, posteriormente, a Lei nº 6.015/77, deram nova redação a este artigo. Com a edição da nova Lei nº 10.406 de 10-01-2002, o cônjuge passa a ocupar lugar de destaque sendo-lhe atribuída a qualidade de herdeiro necessário.”¹⁴

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

Podemos dizer que sofremos influências de ambos os sistemas, uma vez que atualmente os parentes herdeiros pelo sangue e também o cônjuge supérstite são sucessores legítimos, tendo ainda o autor da herança a possibilidade de eleger herdeiros testamentários.

4.2. Da ordem de vocação hereditária

As disposições do Código Civil de 2002, relativas à ordem de vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916); é o que dispõe o artigo 2041 do Novo Código Civil.

O artigo 1.829 do Código Civil dispõe acerca da ordem de vocação hereditária, nos seguintes termos:

*“A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente,*

¹⁴ “A herança do cônjuge sobrevivo e o novo Código Civil”. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2999. Acesso em 4 de janeiro de 2004.

salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
 II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
 III – ao cônjuge sobrevivente;
 IV – aos colaterais.”

Como delineado acima, na hipótese de o autor da herança deixar descendentes ou ascendentes, só os primeiros herdarão, pois a existência de descendentes afasta da sucessão os ascendentes.

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

Cônjuge supérstite é o cônjuge que sobreviveu ao morto e que dele não se encontrava separado, nas hipóteses e condições enumeradas no artigo 1.830 do Código Civil; porém, nem todo cônjuge que sobrevive ao morto é seu herdeiro.

Conforme já delineado anteriormente, o cônjuge sobrevivente encontra-se investido numa posição destacada no que se refere à sucessão legítima, posto que passa a ser considerado herdeiro necessário. Além disso, concorre com os descendentes do *de cuius*, dependendo do regime de bens do casamento.

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA expõe:

“O novo Código Civil, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao cônjuge supérstite uma dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes — que continuam a compor a primeira e a segunda classe de vocação hereditária — chamados a herdar.”¹⁵

MARIA HELENA DINIZ esclarece:

“Ante o princípio de que, dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos, os filhos serão chamados à sucessão ab intestato do pai, recebendo cada um (sucessão por cabeça) quota igual da herança (CC, art. 1.834), excluindo-se os demais descendentes, embora não obste a convocação dos filhos de filho falecido do de cuius (sucessão por estirpe), por direito de representação.”¹⁶

Ocorre que poderá haver descendentes de graus diversos; nessa hipótese, a sucessão se dará por cabeça e por estirpe, sempre dentro do mesmo grau.

Quando o montante total é dividido pelo número de linhagens do *de cuius*, falamos em sucessão por estirpe, podendo-se citar o caso de um indivíduo que falece deixando três filhos, sendo um pré-morto, e quatro netos, esses descendentes do filho

¹⁵ *Op. cit.*

¹⁶ *Op. cit.*, p. 97.

pré-morto. Nessa hipótese, a herança será dividida em três partes iguais, dividindo-se uma delas entre os quatro netos.

Os descendentes se encontram na primeira classe de sucessores; vale ressaltar que se trata de todos os descendentes e não apenas dos filhos. Não havendo filhos vivos, são chamados os netos e assim *ad infinitum*; sucedem por cabeça, se do mesmo grau.

Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, tendo em vista o disposto no artigo 1.857 do novo Código Civil: *"concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau"*.

Assim, o cônjuge sempre concorrerá com os ascendentes, qualquer que seja o regime matrimonial de bens, devendo-se considerar: a) concorrendo com dois ascendentes de primeiro grau, o cônjuge recebe um terço da herança; b) concorrendo com um ascendente de primeiro grau, recebe a metade da herança; c) concorrendo com um ou mais ascendentes de segundo ou maior grau, o cônjuge tem assegurada a metade da herança.

Não existindo descendentes nem ascendentes, a herança ficará, por inteiro, com o cônjuge sobrevivente, ao passo que, na falta de descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, herdaram os colaterais, assim entendidos os parentes até o quarto grau.

Na hipótese de concorrência entre irmãos e sobrinhos, estes, filhos do irmão pré-morto, os primeiros sucedem por cabeça e os últimos, por estirpe.

O Poder Público não é herdeiro, não lhe sendo reconhecido o direito da *saisine*; entretanto, o fundamento de sua sucessão é político-social, em reconhecimento do fato da ordem jurídico-econômica ter possibilitado ao autor da herança o acúmulo patrimonial transmitido.¹⁷

4.2.1. Da concorrência

A concorrência, no que tange ao direito sucessório, é um instituto recente, introduzido em nosso sistema legal com a vigência do Código Civil de 2002.

Como já dissemos anteriormente, foi atribuída posição mais favorável ao cônjuge, pois, além de ser herdeiro necessário, concorre com descendentes, dependendo do regime de bens adotado no casamento; ou com os ascendentes, em não havendo descendentes.

A exceção a essa regra são as pessoas casadas sob o regime de comunhão universal ou separação obrigatória de bens, ou ainda, no caso da comunhão parcial, se o falecido não deixou bens particulares. Importante ressaltar que a concorrência não foi estendida aos companheiros (união estável).

MIGUEL REALE nos explica:

"(...) durante dezenas de anos viveu no Brasil, como regime legal de bens, o regime de comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivo não concorre na herança, por já ser 'meeiro'. Com o advento da Lei nº 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do

¹⁷ Na ordem da vocação hereditária, o Poder Público não pode renunciar.

Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.”¹⁸

Contemporiza o precitado jurista:

“(...) cabe assinalar que outra inovação do novo Código Civil a favor do cônjuge sobrevivente é a prevista no artigo 1.832, de acordo com a qual ele concorre com os descendentes, tendo direito a “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.”¹⁹

Com a nova ordem de vocação hereditária, podemos afirmar que o cônjuge participa como herdeiro juntamente com descendentes, ou, na falta destes, com os ascendentes, obtendo, muitas vezes, condições mais vantajosas sobre seus co-herdeiros.²⁰

Aduz o artigo 1.832 do Novo Código Civil que *“em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual aos dos que sucederem por cabeça (...)”*. Nesse contexto, FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS entende que o cônjuge sobrevivente concorrerá na herança com os descendentes por cabeça; nesse sentido, deduz que o cônjuge concorre na totalidade da herança.²¹

A totalidade da herança é uma questão que deve ser cuidadosamente apreciada, pois, dependendo do regime de bens eleito pelo casal, ela será constituída pelos bens particulares do *de cuius* ou abrangerá metade do patrimônio total.

A concorrência do cônjuge supérstite, entretanto, não pode ser vista desprezando-se elementos importantes que devem ser analisados. Em se tratando então de concorrência, tendo o cônjuge supérstite casado sob os regimes da separação voluntária de bens e ou de participação final nos aqüestos, concorrerá de maneira diversa.

Quando versar sobre o regime da separação voluntária de bens, o cônjuge supérstite concorrerá na totalidade da herança, sendo essa representada pelos bens particulares do *de cuius*.

Já, quando nos referimos ao regime da participação final nos aqüestos, em que está presente o instituto da meação (regulado pelo direito de família), não faz sentido o cônjuge sobrevivente concorrer na totalidade da herança, como ocorre no regime da separação voluntária de bens.

Entendemos que a concorrência deve existir apenas em relação aos bens particulares do falecido, visto que tal regime se assemelha, quanto à dissolução do casamento, ao regime de comunhão parcial de bens, senão vejamos: analisando-se o

¹⁸ “O cônjuge no novo Código Civil”. Disponível em: www.estado.estadao.com.br/editorias/03/04/12/aberto001.html. Acesso em 10 de novembro de 2003.

¹⁹ *Op. cit.*

²⁰ LIMA, Ieda Maria Andrade. “Breves considerações sobre o cônjuge no direito sucessório do novo Código Civil”. Disponível em: www.espacovital.com.br/artigoieda.htm. Acesso em 10 de novembro de 2003.

²¹ “Breves considerações sobre o direito das sucessões à luz do novo Código Civil”. Disponível em: www.cpc.adv.br/doutrina/civil/flaviosucessoes.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2004.

regime da comunhão parcial de bens, tendo o *de cujus* deixado bens particulares, caberá ao cônjuge sua meação, concorrendo quanto aos bens particulares, visto que a intenção do legislador é a de amparar o cônjuge sobrevivente; não sendo, pois, coerente concorrer na totalidade da herança.

A fim de ilustrar melhor tal temática, propomos um exemplo: imaginemos que o cônjuge supérstite, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, existindo bens particulares do *de cujus*, contraia novo matrimônio sob o regime da comunhão universal de bens; caso a concorrência englobe a totalidade da herança, temos como consequência o prejuízo patrimonial dos descendentes do cônjuge sobrevivente, advindos do primeiro casamento, pois os bens particulares desse constituirão a mesma massa patrimonial do novo casal, existindo, assim, a meação.

Importante atentarmos para o fato de que o Código Civil de 2002 instituiu a concorrência do cônjuge em determinados casos, porém não mencionou a qualidade do cônjuge para tal, como, por exemplo, ser esse hipossuficiente. Suponhamos que o cônjuge supérstite tenha patrimônio mais significativo que o *de cujus*, não necessitando da proteção ampla dirigida a ele; aqui a desvantagem patrimonial sofrida pelos descendentes do *de cujus* é clara e significativa. Destarte, pensamos que o legislador deveria ter explicitado sua intenção, não deixando margem a dúvidas quanto ao assunto.

Entendemos por bem que a concorrência deveria ser aclarada nas hipóteses em que o cônjuge sobrevivente não tivesse patrimônio suficiente para a manutenção do estilo de vida que mantinha com seu cônjuge.

4.2.2. Da reserva da quarta parte da herança

Uma outra questão problemática é a da concorrência do cônjuge supérstite com filhos do *de cujus* e filhos comuns do casal; podendo ocorrer também a concorrência do cônjuge supérstite com descendentes apenas do *de cujus*.

O artigo 1.832 do Código Civil não deixa qualquer dúvida quanto à concorrência do ascendente com seus descendentes, porém nada explicita quanto à concorrência com seus descendentes, juntamente com os do *de cujus*, assim como também nada dispõe acerca da concorrência com filhos somente do falecido.

No magistério de SILVIO DE SALVO VENOSA,²² o cônjuge sobrevivente concorrendo com descendentes do morto dos quais não seja ascendente, não gozará da reserva da quarta parte da herança, sendo essa dividida em partes iguais com os que recebem por cabeça.

NELSON NERY JUNIOR sintetiza:

“A norma prevê duas situações: a) a primeira, de os descendentes do morto não serem descendentes do cônjuge sobrevivente. Nesse caso, tantos quantos sejam os herdeiros do mesmo grau descendente receberão, com o cônjuge sobrevivente, quotas iguais da herança (...). b) a segunda hipótese versa sobre concorrerem à herança o cônjuge sobrevivente com descendentes do morto, que também os são seus. Nesse caso, o cônjuge terá direito igual à mesma parte devida aos herdeiros descendentes, desde que sua quota não venha a ser inferior à quarta parte da herança partilhada.”²³

²² *Op. cit.*

²³ *Op. cit.*, p. 806.

Para demonstrarmos a complexidade de tal fato, sugerimos uma casuística: havendo a concorrência do cônjuge sobrevivente com filhos comuns do casal e também filhos do *de cujus*, sendo reservada a quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente, constatamos que os filhos (somente) do falecido sofrerão uma desvantagem patrimonial em relação aos outros descendentes (filhos comuns), pois tudo indica que estes herdarão futuramente a quarta parte que foi reservada ao seu ascendente. Desta forma, não podemos compactuar com a desigualdade entre os filhos do *de cujus*, que, independentemente de sua origem, devem ter seus direitos resguardados pelo princípio da isonomia constitucional.

Nesse diapasão, a reserva da quarta parte da herança somente se verificará quando o cônjuge sobrevivente for ascendente daqueles com que concorrer; entender de maneira diversa seria dar margem a um grande retrocesso no campo da igualdade constitucional entre irmãos.

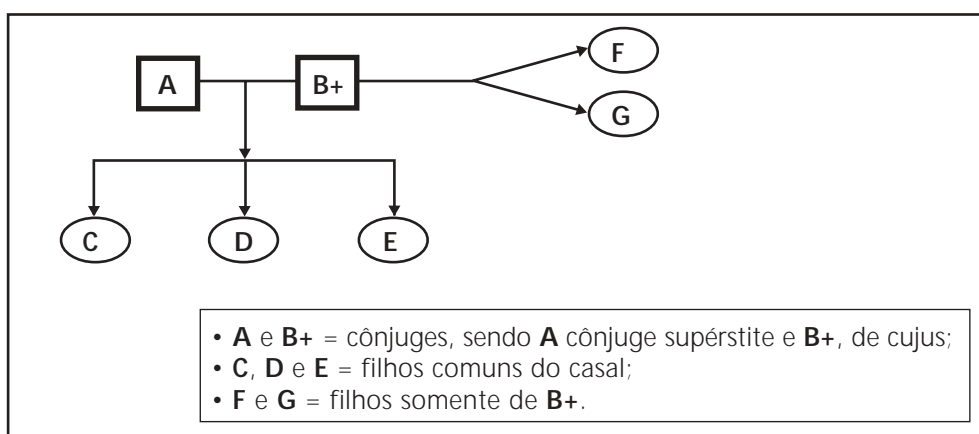


Figura 1

5. Do artigo 1.830 do Código Civil

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; é o que dispõe o artigo 1.830 do novo Código.

SILVIO RODRIGUES preleciona:

*"(...) a lei exige, para afastar o cônjuge da sucessão, esteja o casal desquitado ou divorciado. Assim, a despeito dos separados de fato, cada qual vivendo em concubinato com terceiro, a mulher herda do marido e esse dela se morrerem sem testamento e sem deixarem herdeiros necessários."*²⁴

Primeiramente, devemos considerar a possibilidade de uma pessoa separada

²⁴ *Op. cit.*, p. 77.

judicialmente, ou separada de fato há mais de dois anos, vir a constituir uma união estável. Configurada tal união e tendo os companheiros adquirido bens na constância da união estável, resta-nos a dúvida de como proceder para que não haja uma confusão patrimonial. Nesse diapasão, entendemos que a questão temporal (dois anos), disciplinada pelo legislador, deve ser repensada para que conseqüências desastrosas possam ser evitadas.

O cônjuge nesta situação pode concorrer com descendentes, ascendentes, ou até mesmo com eventual companheiro do *de cuius*, ainda que o requisito temporal (dois anos de separação) tenha por escopo tentar evitar essa situação.²⁵

6. Da sucessão e da união estável

Analisaremos brevemente a questão da sucessão quando se tratar de união estável, iniciando com o disposto no artigo 1.790 do Código Civil:

“A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Como podemos perceber, o tratamento dispensado ao companheiro quando versa sobre direito sucessório é distinto daquele que estudamos anteriormente.

Não podemos confundir cônjuge com companheiro, mesmo que haja uma evolução constante no sentido do aprimoramento dos direitos deste. Vale ressaltar que não falamos em concorrência quando nos referimos aos companheiros e sim em herança.

7. Da interpretação do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil

A chave de toda a problemática encontra-se configurada em um simples sinal de pontuação, o ponto e vírgula, que tem por finalidade indicar uma pausa mais forte do que a da vírgula e menos forte do que a do ponto final.

O sinal de pontuação, que deveria esclarecer, tem tido efeito diverso, complicando a interpretação que cabe aos operadores do Direito.

Primeiramente, é importante identificar qual a intenção do legislador ao estabelecer o instituto da concorrência, ou seja, delimitar o alvo da proteção.

Em análise às alterações sofridas pelo Código Civil, vislumbramos que o cônjuge foi beneficiado em detrimento dos descendentes e ascendentes, o que, com certeza,

²⁵ SCHWARTZ JUNIOR, Cherubin Helcias. “Notas sobre o direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro”. Disponível em: www.amaerj.org.br/noticiaspecial13.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2003.

dará ensejo a divergências, assoberbando de trabalho (ainda mais) o Poder Judiciário.

Enquanto a norma não se revestir da clareza necessária para sua aplicação sem questionamentos, o operador do direito utilizará a interpretação com o intuito de afastar a obscuridade ou a ambigüidade. Nesse diapasão, quanto à norma estudada, apenas resta-nos fazer uma sensata interpretação, visando a identificar qual o seu real alcance, ou, em outras palavras, qual o espírito da lei.²⁶

Especificamente quanto à interpretação do artigo 1.829, inciso I do Código Civil, apresentaremos, a seguir, alguns entendimentos.

HIRONAKA nos ensina:

*"(...) não será chamado a herdar o cônjuge sobrevivente, se casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens (arts. 1.667 a 1.671 do atual Código Civil), ou pelo regime da separação obrigatória de bens (arts. 1.687 e 1.688, combinado com o art. 1.641). 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. Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por direito próprio dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e herda, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de primeira classe, uma quota parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens."*²⁷

Há doutrinadores que defendem que há concorrência na hipótese de casamento sob os regimes da separação voluntária de bens, no da participação final nos aqüestos e também no da comunhão parcial de bens, não deixando o *de cujus* bens particulares. SEJISMUNDO CONTIJA encontra-se entre tais estudiosos:

"(...) o cônjuge só participa da sucessão em concorrência com

²⁶ Não podemos olvidar que, analisando textos jurídicos, percebemos muitas vezes que a sua estruturação é *sui generis*: assim, podemos notar que entre uma alínea e outra, ou entre um inciso e o seguinte, encontramos um ponto e vírgula. Qual a função desse sinal de pontuação no contexto do artigo? Na maior parte dos casos, somente tem função organizacional e sistemática, visto que não dissocia o que está disposto antes e depois dele.

É com essa visão que desejamos que o leitor interprete o ponto e vírgula do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. Vale esclarecer que tal sinal de pontuação não apresenta qualquer relevância formal; conseqüentemente, concluímos que não devemos optar pela análise semântica, uma vez que, neste estudo, não buscamos o significado dos símbolos, que no caso se expressa pelo ponto e vírgula, e sim a *intentio legis*.

Temos conhecimento de que no campo jurídico, a expressão oral é feita através da escrita e que as regras a serem observadas são provenientes da gramática, tudo de acordo com as regras vigentes para o idioma nacional.

Mesmo diante de tais evidências, devemos nos preocupar em obter a melhor interpretação, partindo-se da interpretação gramatical.

A interpretação em seu significado amplo, não se dá exclusivamente com fundamento em uma única técnica exegética; desse modo, afirmamos que ao intérprete cabe a análise dos artigos em seu contexto geral, levando em consideração que tal norma deve ser adaptada da melhor forma possível às exigências sociais.

O intérprete jurídico deve considerar as condições particulares do tempo em que a norma incide, assim como as condições em que se originou, de modo que ambos os sentidos se interpenetrem, o primeiro ajudando a clarear o segundo.

²⁷ *Op. cit.*

descendentes na hipótese do regime de bens: a) não ser o da separação legal, b) não ser o da comunhão universal ou c) ser o da comunhão parcial mas inexistir bens particulares (ou seja, quando todos bens constituírem patrimônio comum, não deixando o falecido bens que sejam só dele) - art. 1.829, I."²⁸

A ilustre desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, MARIA BERENICE DIAS, preleciona:

*"Primeiro, a lei exclui o direito de concorrer de forma incondicionada, pela simples identificação do regime de bens (comunhão universal ou separação obrigatória). Ao depois, prevê outra hipótese (o regime da comunhão parcial), mas limita a concessão do direito à inexistência de bens particulares. Na terceira exceção, portanto, é excluído o direito de concorrência exclusivamente no caso de haver bens particulares. É o que diz a lei: (a sucessão legítima defere-se)... aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, (...) se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. (...) A interpretação desse intrincado e pouco claro dispositivo legal não pode ser outra, sob pena de se subverter o próprio regime de bens eleito pelas partes. Os nubentes, ao optar pelo regime da comunhão parcial (isto é, ao não firmar pacto antenupcial), quiseram garantir a propriedade exclusiva dos bens particulares havidos antes do casamento, assim como dos recebidos por doações ou herança"*²⁹ (grifo nosso).

A mesma autora continua:

*"Admitir possibilidade diversa, ou seja, que existe uma dupla negação em tal dispositivo legal, pelo uso das expressões 'salvo se' e 'ou, se' e sustentar o direito à concorrência somente se existirem bens particulares, é subverter o regime da comunhão parcial de bens; é atentar contra a vontade dos cônjuges; é afrontar a lógica a que deve sempre se ater o intérprete. Necessário visualizar a lei dentro do sistema, o artigo dentro da lei, e não se apegar a exacerbado tecnicismo formal, na tentativa de entender a lógica gramatical do que está escrito."*³⁰

Tal entendimento é natural, posto que o regime de comunhão parcial de bens delimita a vontade do casal em relação aos bens anteriores ao casamento, porém, de outro lado, outros autores prelecionam que há concorrência na hipótese de casamento sob os regimes da separação convencional de bens, participação final nos aqüestos e comunhão parcial de bens; nessa última hipótese, condicionam-na à existência de bens particulares.

²⁸ "Sucessão: regras gerais no novo Código". Disponível em: www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono256.html. Acesso em 10 de novembro de 2003.

²⁹ "Ponto final. Art. 1829, inciso I, do novo Código Civil". Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634. Acesso em 4 de janeiro de 2004.

³⁰ *Op. cit.*

Nesse sentido, SYLVIA MARIA MENDONÇA do Amaral afirma:

“Também é preciso esclarecer que o cônjuge sobrevivente só irá concorrer com os descendentes e com os ascendentes conforme o regime de bens do casamento, não podendo haver a concorrência se o casamento foi celebrado sob o regime da i) comunhão universal de bens; ii) da separação obrigatória de bens e ii) da comunhão parcial de bens, se o falecido não houver deixado bens particulares, aqueles adquiridos com seus próprios e exclusivos recursos.”³¹

FERNANDA DE SOUZA RABELLO, no mesmo sentido, preceitua:

“(...) Assim, se impõe que a interpretação seja realizada parte à parte. A primeira conclusão que se extrai da disposição legal é que o cônjuge só poderá herdar, em concorrência, quando o falecido deixou patrimônio particular, isto é, bens adquiridos antes da união. Logo, se o falecido não possuía bens particulares, o cônjuge não herda, só recebe a meação. Isso demonstra claramente o caráter protetivo do instituto.”³²

Podemos concluir que, diante das ressalvas legais, somente nas hipóteses de regime da separação convencional de bens; comunhão parcial, existindo bens particulares do falecido; e de participação final nos aqüestos, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes, mas sempre sobre os bens particulares do falecido.³³

Havendo descendentes, e sendo o *de cujus* casado sob o regime de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente só será herdeiro em relação aos bens particulares daquele. Dessa forma, nada herdará se não houver bens particulares. Sendo o cônjuge sobrevivente ascendente dos descendentes do *de cujus*, a sua quota não poderá ser inferior à quarta parte da herança.³⁴

LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, desembargador do TJRS, questiona quanto à matéria:

“Imagine-se, primeiramente, a situação de um casal, com um filho, cujo único patrimônio seja constituído pelo apartamento onde reside (no valor de R\$ 99.000,00) adquirido na constância do casamento (...). Admitamos, agora, que, além desse apartamento, o autor da herança fosse proprietário de uma bicicleta (no valor de R\$ 1.000,00), que, por ter sido adquirida em sub-rogação de um bem pré-existente ao casamento, constitui bem particular (art. 1.659, II). Nessa hipótese, existindo bem particular, o cônjuge concorrerá com o descendente, em igualdade de condições, recebendo, portanto, — além de sua meação sobre o apartamento (R\$ 49.500,00) — a título de herança, a metade de todos os bens

³¹ *Op. cit.*

³² *Op. cit.*

³³ ARAÚJO, Luciano Viana. “Ordem de vocação hereditária no novo Código Civil: Os direitos sucessórios do cônjuge”. Disponível em: www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/art48.htm. Acesso em 10 de novembro de 2003.

³⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Op. cit.*

deixados pelo de cujus, ou seja, mais R\$ 25.500,00. O total dos bens que caberão ao cônjuge sobrevivente (meação + quinhão hereditário) corresponderá, neste segundo caso, a R\$ 75.000,00, ficando o filho com R\$ 25.000,00. Não é demais frisar que a circunstância de existir um singelo bem particular — mesmo de ínfimo valor — definirá a condição de herdeiro concorrente do cônjuge não apenas sobre esse bem particular, mas sobre o total da herança. Outra não é a conclusão que se extrai do texto expresso em exame, que se reforça ainda mais com o que dispõe o artigo 1.832, que assegura ao cônjuge, quando concorrer com descendentes comuns, à quarta parte da herança (...) Como se vê, o novo regramento do direito sucessório dos cônjuges, embora se reconheça a justiça do espírito protetivo que o inspira, ostenta grande complexidade, que certamente gerará um acirramento das disputas travadas no âmbito dos inventários, com a conseqüente ampliação dos prazos para encerramento desses feitos, já hoje tão dilatados.”³⁵

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY se posicionam da seguinte forma:

“(...) herda o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial (CC, 1.658 a 1.666), na hipótese de o morto ter deixado bens particulares (...). Ou seja: havendo descendentes, sendo o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial e tendo o morto deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido. No caso de haver apenas herdeiro ascendente, o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial é herdeiro em concorrência com os mesmos ascendentes do de cujus.”³⁶

129

LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, comentando o artigo da desembargadora Berenice Dias, conclui:

“De acordo com o que esclarece o professor MIGUEL REALE, a razão determinante da concorrência do cônjuge com os descendentes, no regime da comunhão parcial, é justamente prevenir o desamparo em que ficaria o cônjuge sobrevivente na eventualidade de o autor da herança haver deixado apenas bens particulares, circunstância em que, não fosse a regra da concorrência, o sobrevivente, que não teria direito à meação, não seria também herdeiro, ficando, dessa forma, inteiramente desprotegido (salvo, é claro, a hipótese de ser contemplado em testamento). Por esse motivo é que lhe foi assegurado direito a concorrer com os

³⁵ “Sucessão dos Cônjuges no Novo Código Civil”. Disponível em: www.iusnet.com.br/webs/ruy_antunes/artigon86.cfm. Acesso em 10 de novembro de 2003.

³⁶ *Op cit.*, p. 804.

descendentes, como herdeiro dos bens particulares. Assim, é certo, com a devida vênia, que a concorrência somente se justifica quando há bens particulares, e não ao contrário, como sustenta a brilhante articulista! E isso também pela singela razão de que, quanto aos bens comuns, o cônjuge já tem direito à meação, não havendo motivo para uma dupla contemplação (meação mais direito à herança)”³⁷ (grifo nosso)

Acerca da temática estudada, apresentaremos a seguir alguns quadros indicativos pertinentes ao regime de bens e à questão da concorrência do cônjuge supérstite:

HÁ CONCORRÊNCIA	NÃO HÁ CONCORRÊNCIA
Regime de Separação Voluntária de Bens	Regime de Separação Obrigatória de Bens
Regime da Participação Final nos Aquestos	Regime da Comunhão Universal de Bens
Regime da Comunhão Parcial de Bens – existindo bens particulares	Regime de Comunhão Parcial de Bens – não existindo bens particulares

130

Regime de Separação Convencional de Bens

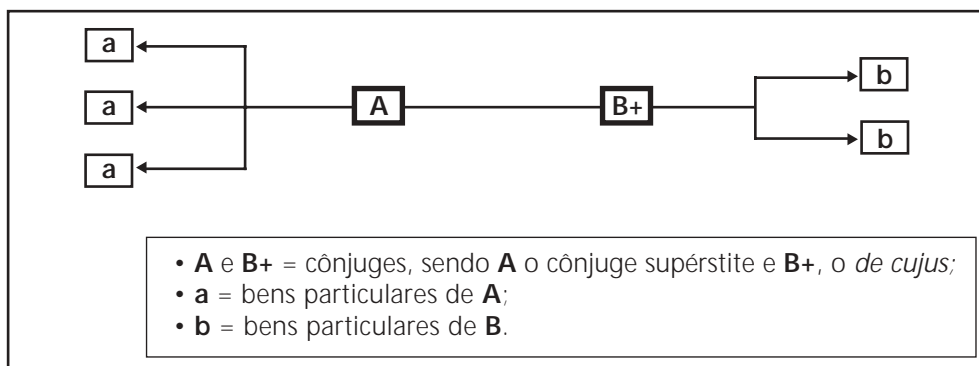


Figura 2

Tendo em vista o exposto no quadro acima, podemos notar que os bens particulares compreendem a totalidade da herança, pois são os únicos a serem transmitidos aos herdeiros, não existindo qualquer meação.

Nesse contexto, cumpre assinalar que teremos a concorrência quanto aos bens particulares do morto, ou seja, a totalidade da herança.

³⁷ "Pontuações". Disponível em: www.marcoadvogados.com.br/artigo/luizfelipe.htm. Acesso em 5 de janeiro de 2004.

Regime de Comunhão Parcial de Bens – existindo bens particulares

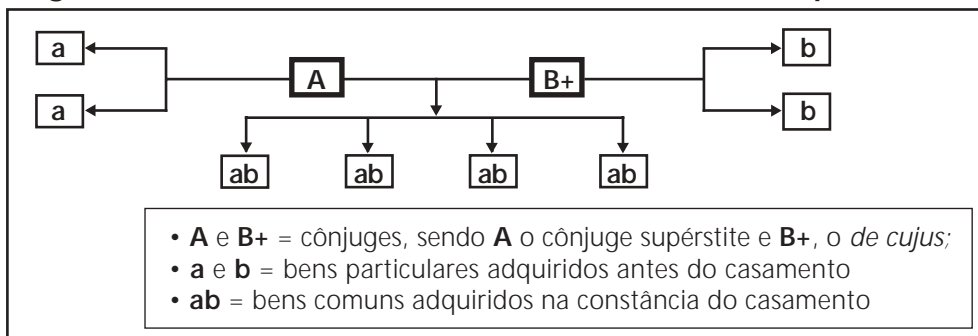


Figura 3

A concorrência ocorre quanto aos bens particulares do *de cuius*, pois o legislador instituiu que, em não havendo bens particulares, aquela não se verifica; assim, não seria coerente falarmos em concorrência quanto à totalidade da herança.

Regime de Participação Final nos Aqüestos

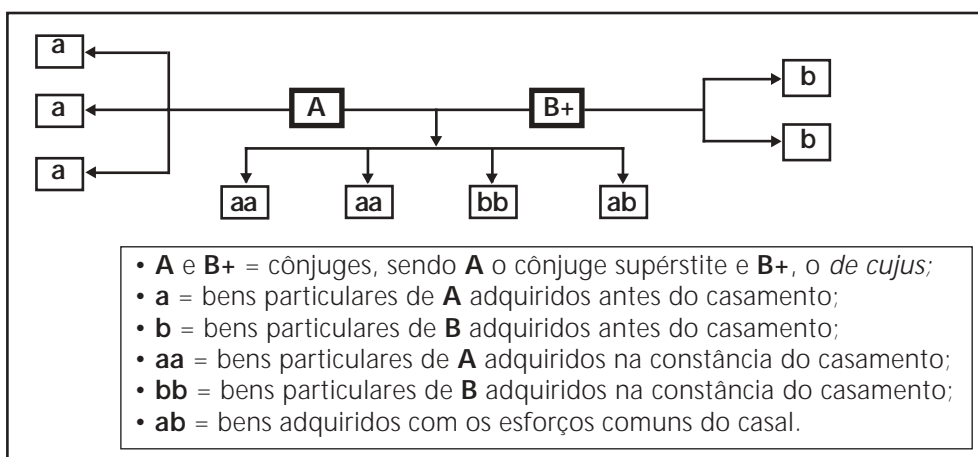


Figura 4

Quanto ao regime de participação final nos aqüestos, concluímos que o cônjuge sobrevivente concorre nos bens particulares, uma vez que tal regime é equiparado, no que se refere à sua dissolução, ao regime de comunhão parcial de bens, devendo ser regulado, no que tange à matéria sucessória, de forma semelhante.

Entendemos, pois, que o cônjuge sobrevivente terá sua meação nos bens adquiridos com os esforços comuns do casal durante o casamento, e que tais bens não devem ser objeto da concorrência.

Concorre, dessa forma, quanto aos bens particulares do *de cuius*, compreendendo esses os bens adquiridos anteriormente ao casamento, assim como aqueles adquiridos na constância do casamento (individualmente), ou seja, sem a participação do cônjuge sobrevivente.

Regime de Comunhão Universal de Bens

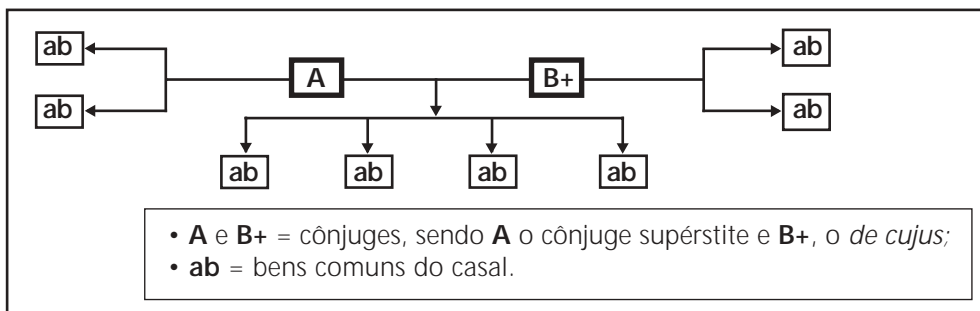


Figura 5

Todos os bens que compreendem o acervo patrimonial do casal são comuns; dessa forma, não existem bens particulares. Vislumbramos, pois, que não há concorrência, falando-se apenas em meação, sendo regulada pelo direito de família.

Regime de Separação Obrigatória de Bens

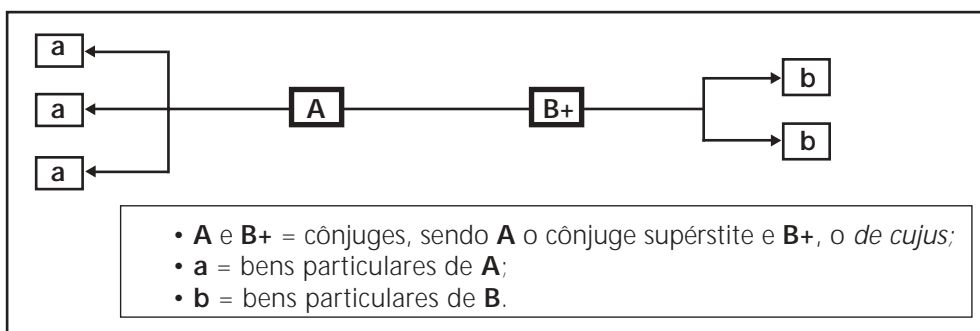


Figura 6

O legislador, de maneira clara e objetiva, estabelece que o cônjuge supérstite casado sob o regime da separação obrigatória de bens não concorre com os herdeiros do *de cujus*, diferentemente do regime da separação voluntária de bens, que não foi objeto de exceção.

Comunhão Parcial de Bens – não existindo bens particulares

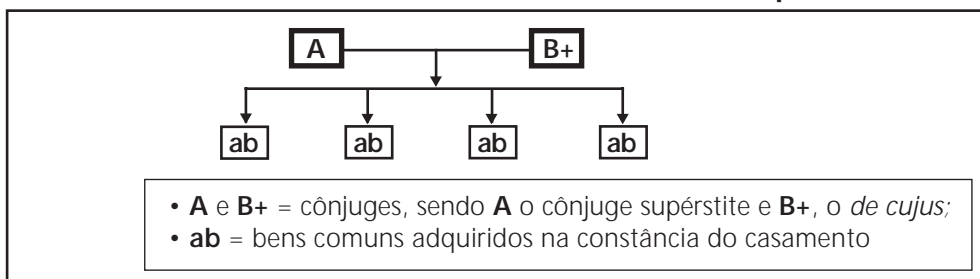


Figura 7

Na hipótese de não existirem bens particulares do *de cuius*, há a incidência, apenas e tão somente, do instituto da meação; dessa feita, resta evidente a não concorrência do cônjuge sobrevivente.

8. Conclusão

1. Herdeiros necessários são aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido, v.g., descendentes, ascendentes e cônjuge. Este, por sua vez, é herdeiro sem prejuízo da meação em razão do regime de bens. Podemos dizer que, em havendo herdeiros necessários, o patrimônio do *de cuius* se divide em duas partes: a) disponível (possível de ser testada) e b) legítima (deferida aos herdeiros). No direito das sucessões, a meação é a parte que cabe ao cônjuge supérstite, parte essa que compreende a metade dos bens do acervo.

2. A ordem de vocação hereditária é uma relação preferencial das pessoas que são chamadas a suceder ao finado, sendo essa estabelecida por lei. O artigo 1.829 do Código Civil estabelece a seguinte ordem de vocação hereditária: I – aos descendentes (...); II – aos ascendentes (...); III – ao cônjuge sobrevivente e IV – aos colaterais.

3. Com a norma supracitada, o legislador previu a figura da concorrência do cônjuge supérstite com os demais chamados a suceder. A exceção a essa regra são as pessoas casadas sob os regimes da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens, ou, ainda, da comunhão parcial, se o falecido não deixou bens particulares.

4. Quanto à reserva da quarta parte da herança, optamos pela interpretação que proporciona igualdade aos filhos do *de cuius*; assim, somente haverá tal reserva sendo o cônjuge sobrevivo ascendente daqueles com quem concorrer. Na hipótese de concorrência com filhos comuns do casal e também com os filhos somente do *de cuius*, ou até mesmo concorrência com apenas os filhos do *de cuius*, tal regra não pode ser aplicada, uma vez que poderá representar um prejuízo patrimonial futuro para aqueles que não serão herdeiros do cônjuge sobrevivente. Dessa forma, a reserva da quarta parte da herança é cabível na hipótese em que o cônjuge supérstite concorre somente com seus próprios descendentes.

5. Quanto ao disposto no artigo 1.830 do Código Civil, concluímos que a questão temporal deve ser repensada para que conseqüências desastrosas possam ser evitadas. Devemos consignar a hipótese de um casal, separado de fato, vir a constituir uma união estável paralela; nesse contexto, perceberemos um conflito patrimonial substancial, e, dessa forma, entendemos que essa questão merece ser revista.

6. Restou claro que a sucessão legítima do companheiro se dá de forma distinta da sucessão do cônjuge. Importante frisar que não há o instituto da concorrência na sucessão de companheiro, e que, muito menos, foi esse contemplado como herdeiro necessário, como o foi o cônjuge.

7. O sinal de pontuação objeto do nosso estudo, o ponto e vírgula, representa tão-somente a sistematização do conteúdo do artigo, não tendo qualquer relevância formal. Dessa forma, cabe ao intérprete do direito optar pela interpretação que identifique o contexto geral em que o artigo foi concebido, bem como sua adequação às normas com que se relaciona, visando sempre ao melhor alcance social.

8. Desejou o legislador, com o ponto e vírgula, apenas e tão-somente distinguir os regimes de bens que estava excluindo da concorrência; fê-lo dessa forma para destacar que, quando casados sob o regime da comunhão parcial de bens, não deixando o *de cuius* bens particulares, o cônjuge supérstite não concorrerá. Nessa hipótese, o consorte supérstite não será herdeiro, tendo, porém, sua meação garantida.

9. Consignamos que o legislador se equivocou ao remeter o leitor para o artigo 1.641 do Código Civil após ter mencionado o Regime da Separação Obrigatória de bens, pois o artigo correto seria o 1.640 do mesmo diploma legal.

10. Concluimos que a concorrência se verifica nos seguintes regimes de bens, a saber: separação voluntária de bens; participação final nos aqüestos e comunhão parcial de bens, existindo bens particulares, ao passo que não ocorreria nos regimes de separação obrigatória de bens, comunhão universal de bens e comunhão parcial de bens, não existindo bens particulares.

11. Quanto à relação entre o instituto da concorrência e os regimes de bens, concluímos: *i)* Casamento sob os regimes de separação convencional de bens; da comunhão parcial de bens (existindo bens particulares) e de participação final nos aqüestos: a concorrência se configura apenas quanto aos bens particulares do *de cujus*; *ii)* Casamento sob os regimes de comunhão universal de bens, de separação obrigatória de bens e comunhão parcial de bens (não existindo bens particulares): não há concorrência.

12. A concorrência do cônjuge sobrevivente é um grande avanço no campo sucessório, porém, a proteção estendida a ele foi de tal ordem que os descendentes ficaram em desvantagem em relação àquele. No intuito de proteção, o legislador pecou pela desproporção em relação aos quinhões hereditários. Assim, defendemos duas vertentes: a que verifica a interpretação gramatical do artigo, buscando, momentaneamente, a aplicação deste instituto; em contrapartida, analisamos o instituto de forma a ajustá-lo aos anseios sociais e ambicionamos mudanças significativas no intuito de se evitar o desvirtuamento dos regimes de bens do casamento.

Bibliografia

- AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. "A sucessão entre cônjuges". Disponível em: www.google.com.br/search?q=cache:pACq5hfCK1kJ:www.csalaw.com.br/pdf/Informativo40.pdf+herdeiro+necess%C3%A1rio&hl=pt&ie=UTF-8. Acesso em 10 de novembro de 2003.
- ANDRADE, Cristiano José de. *Hermenêutica Jurídica no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- ARAÚJO, Luciano Viana. "Ordem de vocação hereditária no novo Código Civil: os direitos sucessórios do cônjuge". Disponível em: www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/art48.htm. Acesso em 10 de novembro de 2003.
- BARROS, Flávio Augusto. "Breves considerações sobre o direito das sucessões à luz do novo Código Civil". Disponível em: www.cpc.adv.br/doutrina/civil/flaviosucessoes.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2004.
- CONTIJA, Sejismundo. "Sucessão: regras gerais no novo Código". Disponível em: www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono256.html. Acesso em 10 de novembro de 2003.
- DIAS, Maria Berenice. "Ponto final. Art. 1829, inciso I, do novo Código Civil". Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634. Acesso em 4 de janeiro de 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima". Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093. Acesso em 10 de novembro 2003.
- LIMA, Ieda Maria Andrade. "Breves considerações sobre o cônjuge no direito sucessório do novo Código Civil". Disponível em: www.espacovital.com.br/artigoieda.htm. Acesso em 10 de novembro de 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PERIN JUNIOR, Élcio. "Linguagem no direito: análise semântica, sintática e pragmática da linguagem jurídica". Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=50. Acesso em 01 de janeiro de 2004.

- RABELLO, Fernanda de Souza. "A herança do cônjuge sobrevivente e o novo Código Civil". Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2999. Acesso em 4 de janeiro de 2004.
- REALE, Miguel. "O cônjuge no novo Código Civil". Disponível em: www.estado.estadao.com.br/editorias/03/04/12/aberto001.html. Acesso em 10 de novembro de 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. "Sucessão dos cônjuges no novo Código Civil". Disponível em: www.iusnet.com.br/webs/ruy_antunes/artigon86.cfm. Acesso em 10 de novembro de 2003.
- _____. "Pontuações". Disponível em: www.marcoadvogados.com.br/artigoluizfelipe.htm>. Acesso em 5 de janeiro de 2004.
- SCHWARTZ JUNIOR, Cherubin Helcias. "Notas sobre o direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro". Disponível em: www.amaerj.org.br/noticiaspecial13.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. "A sucessão hereditária dos cônjuges". Disponível em: www.intelligentiajuridica.com.br/especial6.html. Acesso em 10 de novembro de 2003.