

**SUELI APARECIDA DE PIERI**

**O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO E  
CONCORRENTE: UMA ABORDAGEM TEÓRICA SOB A ÓTICA  
DO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**Piracicaba, SP  
2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**SUELI APARECIDA DE PIERI**

**O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO E  
CONCORRENTE: UMA ABORDAGEM TEÓRICA SOB A ÓTICA  
DO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**Orientador: Prof. Dr. JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida.  
Núcleo: Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

**Piracicaba, SP  
2008**

Dados para catalogação:

DE PIERI, S. A.. **O cônjuge como herdeiro necessário e concorrente: uma abordagem teórica sob a ótica do atual código civil brasileiro.** Universidade Metodista de Piracicaba, 2008. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito). Orientador: Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida.

1. Sucessão; 2. Garantia constitucional; 3. Cônjuge; 4. Ordem de vocação hereditária; 5. Herdeiro necessário; 6. Concorrência sucessória.

**O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO E CONCORRENTE: UMA  
ABORDAGEM TEÓRICA SOB A ÓTICA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**Autora:** Sueli Aparecida De Pieri

**Orientador:** Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida

**B A N C A   E X A M I N A D O R A**

27/02/2008

---

Professor Doutor José Luiz Gavião de Almeida  
Orientador

---

Professor Doutor Jair Aparecido Cardoso

---

Professor Doutor Paulo César Souza Manduca

## AGRADECIMENTOS

Em especial ao meu professor orientador, Doutor **José Luiz Gavião de Almeida**, exemplo de humildade e saber, transmitindo ensinamentos que nos engrandecem, pelo sempre pronto acolhimento com muita compreensão. Encontrei no ser humano que és a força e incentivo para prosseguir e não desistir de meu sonho em concretizar o Curso de Mestrado. Agradeço sua colaboração inestimável e incansável para o direcionamento deste trabalho.

Ao Professor Doutor **Jorge Luiz de Almeida**, exemplo de ser humano a ser seguido, pelas carinhosas sugestões e injeção de ânimo.

Ao Professor Doutor **Jair Aparecido Cardoso**, Membro da Banca de Defesa de Qualificação do presente trabalho, pela valiosa contribuição e atenção na melhoria desta pesquisa.

Aos **meus pais**, pela paciência e compreensão nos momentos de ausência desse intenso período da minha vida.

Aos meus irmãos **Josiane** e **Paulo**; e à minha cunhada **Márcia**, pelas orações, palavras de coragem e de conforto.

Aos meus amados sobrinhos, **Vítor Felipe** e **Débora Fernanda**, por alegrarem minha vida e mostrarem que a renovação das gerações humanas é ciclo a ser considerado um milagre.

À **Marlene E. Rossi Pelegrina**, amiga e companheira dessa longa jornada de estudo, trabalho e viagens incansáveis, a quem devo eterna gratidão pela confiança e amizade.

À **Andresa Minatel**, pessoa e amiga especial, que com incomensurável generosidade me acolheu e me auxiliou durante todo esse tempo.

A **Lucas Naif Caluri**, amigo desde os tempos do Curso de Graduação, pela amizade e incentivo incondicional.

À **Lília De Pieri**, **Juliana Cavalcante do Santos** e **Monnalise Gimenes Cesca**, amigas do Curso de Mestrado em Direito, pelo companheirismo, compreensão, amizade e encorajamento nos momentos mais difíceis.

À **Fátima Elizabeth Casagrande**, tabeliã substituta e amiga, pelo incentivo durante a elaboração dessa pesquisa de conclusão de curso.

À CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pela concessão de bolsa de estudos, o que foi de fundamental importância para o prosseguimento de meus estudos em nível de pós-graduação.

À **Sueli Catarina Verdicchio Quiles**, Secretária da Coordenação do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, pelo desempenho do seu trabalho com muita presteza, mas, acima de tudo, por ser amiga, pelo apoio, incentivo, carinho, sempre disposta a me ouvir e ajudar.

À **Dulce Helena dos Santos**, Assistente Administrativa da Secretaria de Pós-Graduação da Universidade Metodista de Piracicaba, que com suas palavras, gestos e amizade ofereceu o necessário incentivo e orientação dos procedimentos burocráticos indispensáveis.

A todos que direta ou indiretamente tenham contribuído para a consecução deste trabalho e para meu aperfeiçoamento como ser humano, e que por ventura não foram citados nestes agradecimentos.

## DEDICATÓRIA

À **DEUS**:

O todo poderoso.  
A Ele, toda honra e glória.  
O único digno de louvor e adoração;  
Que me permite viver e me fortalece.  
Sem Ele nada sou!  
Obrigado Senhor!

Aos meus amados pais:

**Dirceu e Clarice.**

Pérolas que o Divino Mestre me deu.  
Exemplos de caráter nobre.  
Pelo privilégio de um berço digno.

**DEDICO**

## RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a sucessão hereditária do cônjuge sobrevivente no Código Civil, Lei 10.406, de janeiro de 2002. Antes da abordagem específica do assunto, será apresentada a evolução histórica da sucessão do cônjuge, bem como, o direito à herança como garantia constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal vigente. Destaca-se que a inclusão do direito à herança como garantia constitucional, visa não somente prover o direito de propriedade, uma vez que o reafirma mesmo após a morte do titular dos bens, com a conseqüente transmissão aos seus herdeiros, como também a proteção absoluta à entidade familiar, garantida e regulamentada pela Constituição Federal em consonância com o Código Civil vigente no que tange a igualdade de direitos de herdar. Os princípios constitucionais resguardam importância e influência nas atuais e significativas mudanças trazidas pelo Código Civil vigente, motivo pelo qual estuda-se, no direito das sucessões, como um dos ramos do direito que mais se alterou com o passar do tempo, modificação de relevância e impacto na sociedade brasileira que foi a inclusão do cônjuge sobrevivente na ordem de vocação hereditária, como herdeiro necessário, concorrendo em certas situações com descendentes e ascendentes, consoante disposição do artigo 1.829 do Código Civil vigente. A inovação gera questões controvertidas e polêmicas, haja vista que o legislador impõe restrições para o deferimento sucessório ao cônjuge. As restrições atingem os regimes de bens, e determinam que o cônjuge somente concorrerá à herança se casado no regime da comunhão parcial de bens e o *de cuius* deixar bens particulares, porém, deixam de prever a possibilidade nos demais regimes de bens existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como, determinam que o cônjuge sobrevivente não poderá receber menos que um quarto da herança quando concorrer com herdeiros comuns, o que gera dúvida se a mesma garantia subsiste quando da possibilidade de filiação híbrida, ou seja, quando concorrer com descendentes comuns e exclusivos, concomitantemente. Por outro lado estabeleceu-se o critério da culpa na separação, quando determina o deferimento sucessório ao cônjuge sobrevivente, separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, o que resulta em controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. O legislador ao estabelecer o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, bem como ao impor restrições, não harmonizou a matéria, motivo pelo qual se encontram lacunas, notadamente pela ausência de previsão acerca da possibilidade da colação dos bens doados ao cônjuge, bem como, sua deserdação. Desta forma, pretende-se estudar separadamente as possibilidades do deferimento sucessório ao cônjuge sobrevivente, bem como, as restrições impostas pelo legislador, e demonstrar com o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio, bem como, frente o direito comparado, notadamente o Direito Português, para se analisar a forma como se aplica o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente.

**Palavras-chave:** Sucessão; Garantia constitucional; Cônjuge; Ordem de vocação hereditária; Herdeiro necessário; Concorrência sucessória.



## ABSTRACT

This thesis aims to examine the hereditary succession of the supervening spouse in the Civil Code, Law 10.406, January 2002. Before studying the specific matter, the historical evolution of the spouse succession will be presented, as well as the right to inheritance as a constitutional guaranty. Article 5, section XXX of the Federal Constitution. The inclusion of the right to inheritance as a constitutional guaranty aims to provide not only the property right, but also the absolute protection to the family entity, guaranteed and regulated by the Federal Constitution in the same way as the Civil Code. The constitutional principles have important influence on the significant changes brought by the Civil Code, the reason why it is important to study the right of succession, specifically about the one that brought great impact in the society, which is the inclusion of the supervening spouse in the hereditary descent order, as necessary heir, competing, in some situations, with ancestor and descendant, according to the clause 1.829, from the Civil Code. This matter provokes different and polemical issues, specially because the law presents restrictions to the acceptance of the spouse as a necessary heir. The restrictions affect the property system, stipulating that this situation is possible only in the partial community property system and the deceased leaves private property. However, there is no foresight about this situation in the other property systems, determining, on the other hand, that the supervening spouse can not receive less than a quarter of the inheritance when in competition with the commons heirs, which provokes doubts if the same guaranty remains when there are common and exclusive descendants, at the same time. IT was also fixed that the supervening spouse has the same right when there is the de facto separation in over two years, and it is proved that the supervening spouse there is no responsibility in the separation surviving spouse inheritance, what provokes doctrinal and jurisprudential controversies. Therefore, the goal of this paper is to examine the possibilities of concession of the right to inheritance to the surviving spouse and the restrictions imposed by the law, according to the doctrinal and jurisprudence, and the comparative law, notably the Portuguese law, the way the right to inheritance is applied to the supervening spouse.

**Keywords:** Succession; Constitutional guaranty; Spouse; hereditary vocation order; necessary heir; Competition succession.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

DOU - Diário Oficial da União

CJF - Conselho da Justiça Federal

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família

STF - Supremo Tribunal Federal

FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
<b>1 BREVE ABORDAGEM SOBRE A QUESTÃO DA SUCESSÃO.....</b>	<b>17</b>
1.1 Esboço histórico sobre o direito sucessório do cônjuge.....	18
1.2 O entendimento da sucessão como garantia constitucional.....	27
<b>2 DA SUCESSÃO POR DISPOSIÇÃO EXCLUSIVA DA LEI: SUCESSÃO LEGÍTIMA.....</b>	<b>31</b>
2.1 Ordem de vocação hereditária.....	33
2.2 Considerações a respeito dos herdeiros necessários.....	38
2.3 Os descendentes no processo de sucessão.....	41
2.4 Os ascendentes no processo de sucessão.....	43
2.5 O cônjuge no processo de sucessão.....	45
2.6 Os colaterais no processo de sucessão.....	47
<b>3 O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO NO ATUAL CÓDIGO CIVIL.....</b>	<b>49</b>
3.1 Sobre a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente.....	55
3.1.1 Restrições à concorrência sucessória do cônjuge.....	59
3.1.2 Sobre a concorrência com descendentes.....	61
3.1.3 Sobre a reserva da quarta parte da herança em benefício do cônjuge na concorrência sucessória com os descendentes comuns.....	66
3.1.4 Sobre a concorrência do cônjuge com ascendentes.....	70
3.1.5 Da sucessão do cônjuge inexistindo descendentes e ascendentes.....	73
3.1.6 Sobre a concorrência do cônjuge com companheiro.....	73
<b>4 INFLUÊNCIAS DOS REGIMES DE BENS NA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA.....</b>	<b>78</b>
4.1 Distinções entre meação e herança.....	84
4.2 Da concorrência no regime de comunhão universal de bens.....	85
4.3 Da concorrência no regime de comunhão parcial de bens.....	90
4.4 Da concorrência no regime de participação final nos aqüestos.....	94
4.5 Da concorrência no regime de separação de bens.....	97

<b>5 HIPÓTESES DE SUCESSÃO ANÔMALA.....</b>	<b>103</b>
<b>5.1 Sobre o usufruto.....</b>	<b>107</b>
<b>5.2 Sobre o direito real de habitação.....</b>	<b>111</b>
<b>6 RENÚNCIA, COLAÇÃO E DOAÇÃO.....</b>	<b>115</b>
<b>6.1 Sobre os efeitos decorrentes da renúncia.....</b>	<b>115</b>
<b>6.2 Sobre a colação dos bens doados ao cônjuge.....</b>	<b>119</b>
<b>6.3 Da doação realizada aos cônjuges.....</b>	<b>123</b>
<b>7 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SEPARADO.....</b>	<b>127</b>
<b>7.1 Da separação judicial.....</b>	<b>127</b>
<b>7.2 Da separação de fato.....</b>	<b>136</b>
<b>7.3 Do casamento putativo.....</b>	<b>140</b>
<b>8 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA.....</b>	<b>142</b>
<b>8.1 Sobre a indignidade.....</b>	<b>143</b>
<b>8.2 Sobre a deserdação.....</b>	<b>146</b>
<b>9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>153</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>161</b>
<b>ANEXOS A- PROJETOS DE LEI.....</b>	<b>166</b>
<b>ANEXOS B- ACÓRDÃOS.....</b>	<b>184</b>

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho é analisada a sucessão hereditária do cônjuge sobrevivente no âmbito do Código Civil vigente, levada a efeito pela promulgação da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O direito das sucessões sofreu inúmeras alterações no decorrer dos tempos, notadamente na classificação dos herdeiros conforme a ordem de vocação hereditária, determinada por lei e segundo uma hierarquia que coloca os sucessores em graus de preferência em relação ao sucessível e conforme a classe a que pertencem.

Esta ordem de vocação hereditária corresponde ao deferimento sucessório aos herdeiros legítimos, nos termos do artigo 1.786 do atual Código Civil, onde se dispõe que a sucessão se dá por lei ou disposição de última vontade. Assim, falecendo a pessoa sem testamento, o artigo 1.788 normatiza que se transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento, subsistindo a sucessão legítima se o testamento caducar ou for julgado nulo.

Dessa forma, não havendo testamento, a sucessão legítima é aplicada por inteiro ou na parte em que o testamento for omissivo, fazendo-se o chamamento dos sucessores segundo a ordem de vocação hereditária.

Foi justamente na alteração da ordem de vocação hereditária, por intermédio do artigo 1.829 do Código Civil vigente, que o legislador inovou o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, incluindo-o como herdeiro necessário e concorrendo, em certas situações, com descendentes ou ascendentes.

Para que seja reconhecido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, o legislador impõe restrições, envolvendo o regime de bens do casamento, bem como, a distribuição da quota hereditária entre descendentes comuns, com a reserva da quarta parte ao cônjuge sobrevivente.

A nova posição sucessória é benéfica ao cônjuge sobrevivente; porém, as restrições impostas pelo legislador geram controvérsias doutrinárias, bem como pelo fato de que, ao inseri-lo como herdeiro necessário, esqueceu-se de harmonizar os demais dispositivos que tratam da matéria, notadamente os que cuidam da colação e deserdação, deixando lacunas na forma de aplicação ao cônjuge.

Sendo assim, com a inovação legislativa e as omissões existentes, imprime relevância a temática, motivo pelo qual no decorrer da presente pesquisa é demonstrado, com enfoque na sucessão legítima e utilizando-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de breve inserção no Direito Comparado, especificamente o Direito português, a forma de aplicação do direito sucessório ao cônjuge, ressaltando sua nova posição sucessória e a concorrência com descendentes, ascendentes e seus respectivos quinhões.

Dessa forma, o estudo é iniciado considerando o direito das sucessões como um dos ramos do Direito que mais se alterou com o passar do tempo, demonstrando também a evolução do direito sucessório do cônjuge.

Em seguida é analisada a sucessão como garantia constitucional, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou, ao garantir por meio do artigo 5º, inciso XXX, o direito à herança. Esta previsão constitucional foi inserida no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Fundamentais), que consiste no conjunto de direitos e garantias do ser humano, com a finalidade básica do respeito à dignidade, por meio de proteção contra o arbítrio do

poder estatal, estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

A inclusão do direito à herança como garantia constitucional visa não somente prover o direito de propriedade, uma vez que o reafirma mesmo após a morte do titular dos bens, com a conseqüente transmissão aos seus herdeiros, mas, também, a proteção absoluta à entidade familiar, garantida e regulamentada por intermédio da Constituição Federal de 1988, em consonância com o Código Civil vigente, no que tange a igualdade de direitos de herdar.

Para continuidade do estudo, no capítulo 3 são examinadas as hipóteses de concorrência sucessória, bem como a distribuição das quotas hereditárias entre descendentes comuns ou exclusivos, com destaque à reserva da quarta parte ao cônjuge sobrevivente. Neste momento também é abordada a possibilidade da concorrência sucessória entre cônjuge e ascendentes, ou cônjuge e companheiro.

O legislador impõe restrições ao direito sucessório do cônjuge, envolvendo os regimes de bens do casamento, razão pela qual, no capítulo 4 estudam-se os efeitos dos regimes de bens na concorrência sucessória do cônjuge.

Muito embora o estudo cuide das hipóteses de sucessão do cônjuge sobrevivente na sucessão legítima, o capítulo 5 trata de algumas situações nas quais o legislador determina de plano a sucessão ao dependente do autor da herança, sem observância da ordem de vocação hereditária. Trata-se da denominada sucessão anômala, que ocorre quando, embora *causa mortis*, não seja regulada pelas regras normais do direito sucessório previstas no atual Código Civil. Aqui é analisado se nessa hipótese haverá ou não possibilidade de concorrência sucessória.

Neste capítulo ainda é abordado o direito do cônjuge ao usufruto e o direito real de habitação, considerando que para as sucessões abertas na vigência do atual

Código Civil não mais subsiste o direito de usufruto vidual da quarta parte ou da metade da herança ao cônjuge sobrevivente, nos moldes delineados pelo artigo 1.611 do antigo e já revogado Código Civil de 1916, prevalecendo o direito real de habitação.

Posteriormente, no capítulo 6, é ressaltada a possibilidade de o herdeiro renunciar a herança, notadamente quando existir renúncia de descendentes que concorrem com cônjuge, bem como quanto à colação de bens doados ao cônjuge sobrevivente. Considerou-se importante o estudo neste capítulo, quando da hipótese de doação realizada a ambos os cônjuges, consoante norma do artigo 551 do Código Civil vigente.

Não obstante, destaque-se que o cônjuge sobrevivente figura como herdeiro necessário, conforme a nova ordem de vocação hereditária, pressupondo ser requisito de sua participação na herança do *de cuius* a constância, tanto de fato quanto de direito, do cumprimento das obrigações inerentes ao casamento.

Nesse caso, tratando-se de direito sucessório, dispõe o artigo 1.830 do Código Civil vigente que “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.” Assim, no capítulo 7 são estudados os aspectos relativos à sucessão do cônjuge, seja na separação judicial ou de fato, bem como no casamento putativo.

Considere-se também que, muito embora a lei enumere os graus de parentesco e a ordem de vocação hereditária, podem ocorrer razões especiais ou particulares, estranhas à vontade do herdeiro, que determinam sua exclusão do



direito de herança, pela indignidade ou deserdação, o que mereceu importante destaque no capítulo 8.

Por fim, como não poderia fugir à regra num trabalho científico, foram tecidas algumas considerações finais, bem como apresentada as referências bibliográficas que forneceram a base necessária à consecução do presente trabalho.

## 1 BREVE ABORDAGEM SOBRE A QUESTÃO DA SUCESSÃO

Antes mesmo de um maior aprofundamento no assunto em tela, insta expor que a sucessão envolve a idéia de substituição de um titular por outro, em que pese a continuidade das relações jurídicas. Ocorre, assim, a modificação dos sujeitos envolvidos, mas subsiste o conteúdo; não se evidencia alterações na substância do direito, o qual permanece integralmente constituído, mas se encerra, com a morte, o ciclo da atividade pessoal e patrimonial de seu titular, motivo pelo qual é necessário que este seja substituído no posto vago.<sup>1</sup>

O sentido da terminologia “sucessão”, considerando-se o próprio universo jurídico e o posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira, deve ser tomado na acepção de uma pessoa poder assumir a titularidade de uma determinada relação jurídica que lhe advém de outro agente e, por metonímia, a transferência de direitos entre os envolvidos.<sup>2</sup>

Uma definição mais completa de sucessão pode ser encontrada em Euclides Benedito de Oliveira, que a define da seguinte forma:

De origem latina, a palavra “sucessão” significa, dentre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem. Dá idéia de substituição de pessoas no desempenho de certa atividade, cargo ou função, como de uso na atuação política ou empresarial, ou da transmissão da propriedade de bens pela troca dos titulares, tal o seu emprego nos negócios jurídicos, em que ao alienante sucede o adquirente.<sup>3</sup>

Também é preciso lembrar a possibilidade de se partir de um conceito natural de sucessão, por meio do qual uma pessoa toma lugar de outra e assume os direitos

---

<sup>1</sup> GIORGIA, José Carlos Teixeira. O Direito Sucessório do Cônjuge Sobrevivo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. p.93.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980a. p.1.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**. São Paulo: Saraiva, 2005a. p.50.

que a esta pertenciam; aqui, o sentido de sucessão restringe-se aos casos de morte e não envolve, como nos casos das transmissões, o significado de transferência em vida, quando o comprador sucede o vendedor no domínio de uma coisa.<sup>4</sup>

Assim, a sucessão *causa mortis* (ou hereditária), proveniente de um fato jurídico, tem como fato gerador o falecimento de alguém que deixa bens a serem transmitidos aos seus sucessores, denominados de herdeiros, o mesmo podendo ocorrer no caso de morte presumida, quando da ausência do antigo proprietário.<sup>5</sup>

Para uma compreensão mais básica sobre o assunto, eficaz se torna subsidiar-se em De Plácido e Silva, para quem:

Em sentido estrito, porém, e em significação mais técnica, sucessão é a transmissão de bens e de direitos a uma, ou mais pessoas vivas, integrantes de um patrimônio deixado por uma pessoa falecida. Nesse aspecto, sucessão configura-se instituição exclusiva do Direito Hereditário. E tanto se opera por distinção de última vontade, como por força de lei.<sup>6</sup>

Entretanto, como a presente dissertação de conclusão de curso trabalha a dinâmica da sucessão nos aspectos que abrangem a questão do cônjuge sobrevivente, conveniente se torna promover um breve resgate histórico desse tipo específico de sucessão, o que será feito a seguir.

### 1.1 Esboço histórico sobre o direito sucessório do cônjuge

Como é domínio de grande parte dos operadores do Direito, o direito das sucessões sofreu inúmeras alterações no decorrer dos tempos, haja vista tratar-se

---

<sup>4</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.1.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.51.

<sup>6</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.780.

de um ramo do Direito intimamente ligado à organização dos grupos sociais.

Destaque-se também que a sucessão *causa mortis* teve um sentido extra patrimonial em determinado período histórico, importando para a família romana uma continuação da cultura doméstica, na qual o *pater familias* instituía o novo titular da soberania familiar na pessoa do herdeiro.

Cumprir iniciar o estudo frisando que no Direito antigo (pré-história - período neolítico - sedentarismo) apenas um grupo social, denominado “tribo”, “clã” ou *genis* era sujeito de direito. Carlos Maximiliano compartilha do entendimento de que não havia lugar para a sucessão sem a extinção (leia-se morte) do grupo, reinando, assim, o comunismo absoluto. Também relata que posteriormente o grupo passou a intitular-se “família” e, dessa forma, surgiu a propriedade comum, mas o então designado “chefe” apenas zelava e prezava pela continuidade dos bens, não existindo a herança no sentido moderno do vocábulo.<sup>7</sup>

Apenas a título de ilustração, vale explicar que os primeiros bens individuais (armas e adornos) tornavam-se isentos de transmissão por motivo de óbito, uma vez que eram enterrados com o proprietário, mas a gruta ou caverna onde se abrigavam, bem como os instrumentos de caça e pesca eram revertidos às famílias. Posteriormente, conforme se dava a evolução da organização social dessa época, assegurou-se às pessoas também o domínio sobre os rebanhos e, finalmente, sobre a terra.<sup>8</sup>

Em que pese a existência do sistema patriarcal em determinados agrupamentos sociais antigos, é importante destacar que em alguns povos implantou-se o matriarcado no núcleo familiar primitivo; isso significa afirmar que se

---

<sup>7</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. p.23.

<sup>8</sup> *Ibidem*. p.23.

conhecia ou pelo menos se reconhecia apenas o parentesco advindo do lado materno: mães, irmãs e avós maternas. Dessa forma, determinava-se a “herança” apenas pela linhagem feminina e, como as mulheres eram as protagonistas no amparo e alimentação dos filhos, viam-se forçadas a se apropriar de certos bens, os quais passavam a possuir e a transmitir a outros agentes, também do sexo feminino; ressalte-se, porém, que este tipo de “sucessão” abrangia unicamente os bens móveis, já que os imóveis eram considerados como pertencentes à comunidade como um todo.<sup>9</sup>

Conseqüência do passar dos anos, ocorreu um crescimento significativo dos grupos primitivos e, de forma concomitante, uma explosão demográfica entre eles, motivo pelo qual a nova forma adotada para as questões da sucessão no que diz respeito aos bens foi, primeiramente, a primogenitura que, segundo De Plácido e Silva, significa “a qualidade de primeiro filho ou filho mais velho”.<sup>10</sup>

Durante muitos séculos os direitos patrimoniais não foram partilhados; pertenciam de fato à família, eram administrados pelo pai e, no caso de falecimento deste, assumia essa função o primogênito do sexo masculino. Em certa época, na Índia, em Atenas (Grécia) e na Europa Ocidental, a família que não possuía filho varão designava uma filha casada para lhe dar sucessor, sendo o menino considerado filho do avô.<sup>11</sup>

Também ocorria de, por motivos religiosos, ser considerado parente aqueles adeptos do mesmo culto; na falta de filhos, sucediam netos e colaterais da linha masculina de todos: filho de filho ou de irmão, mas nunca de filha ou irmã. Não havendo irmãos nem sobrinhos, chamavam-se os ascendentes homens e, se estes

---

<sup>9</sup> MAXIMILIANO, Carlos. op. cit. p.23.

<sup>10</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.639.

<sup>11</sup> MAXIMILIANO, Carlos. op. cit. p.23-24.

não existiam, descia-se daquele ascendente até encontrar um sucessor, sempre na linhagem masculina. Assim, ocorria na Índia, na Grécia e na Roma antiga.

Ainda no que diz respeito aos motivos religiosos, Pinto Ferreira explica a existência da vinculação entre a sucessão dos bens de uma pessoa e a prática dos ritos em homenagem e honra ao falecido, mediante sacrifícios rituais. O culto obrigatório era rendido aos mortos e às divindades tutelares da família; em Roma o adorador era masculino e daí o fato da sucessão se dar por via masculina, pois era o filho varão quem recolhia a herança e tinha a obrigação de realizar as práticas religiosas domésticas.<sup>12</sup>

No direito feudal, a primogenitura encontrou sua mais forte expressão, visto estar impregnado do desejo de destinar a propriedade apenas aos de um só ramo da família. De acordo com o Direito da época, o filho varão (primogênito) herdava preferencialmente aos demais, recolhendo a totalidade da herança e permanecendo na opulência, enquanto os demais filhos na maioria das vezes permaneciam na pobreza e subordinados, social e economicamente, à autoridade do irmão mais velho, já que este herdava toda a fortuna.

No tocante aos direitos das mulheres na Índia, Grécia e Roma, havia considerável discriminação no Direito antigo, posição esta compartilhada com Carlos Maximiliano, uma vez que na velha Roma, por exemplo, a mulher que contraía o matrimônio deixava de herdar porque, casada, abandonava os cultos da casa paterna e passava a adotar o culto dos antepassados do marido.<sup>13</sup>

Essa ausência de direitos da mulher pode ser comprovada em Caio Mário da Silva Pereira com subsídio no Direito Romano, considerando-se que a mulher

---

<sup>12</sup> PINTO FERREIRA. **Tratado das heranças e dos testamentos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p.17.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p.18.

casada podia herdar do marido, mas ficava impossibilitada de dispor dos bens; não possuía patrimônio próprio e, portanto, não se cogitava de sua sucessão por morte do cônjuge varão. Posteriormente, quando da elaboração da lei pretoriana, tal rigidez foi relativamente amenizada, facultando-se à mulher possuir seus próprios haveres, mas foi somente na última fase do Direito Romano, quando da codificação justiniana, que se reconheceu à esposa o direito à sucessão do marido, recolhendo, na falta de filhos, a quarta parte em propriedade e, em usufruto, se os havia até o máximo de três. Se o número de filhos fosse maior, concedia-lhe um direito usufrutuário mais limitado e, na ausência de colaterais, os cônjuges eram herdeiros um do outro.<sup>14</sup>

Diante do que foi exposto até o momento, é possível compreender, baseando-se também em José Cretella Júnior, que durante o extenso período em que decorre a história do Direito Romano, o sistema hereditário apresentava-se de forma extremamente desigual, dependendo da época considerada, o que refletia diretamente na sucessão legítima e apresentava aspectos diversos, pois a sucessão era analisada conforme os sistemas das XII Tábuas, do Direito Pretoriano, do Direito Imperial e do Direito Justiniano.<sup>15</sup>

É salutar expor que o Direito Justiniano considerava iníquo não permitir herança à filha do falecido, mas foi a Revolução Francesa, mais especificamente no período compreendido entre 1789 a 1799, a precursora na extinção definitiva das desigualdades na sucessão relativas ao sexo e à primogenitura.

As regras de Direito Romano, modificadas pelo Código Visigótico, foram as que ficaram regulando as sucessões em Portugal durante muito tempo, mas esse

---

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. op. cit., 1980a. p.93/94.

<sup>15</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.261.

direito foi alterado pelas Ordenações do Reino, ou seja, compilações de leis portuguesas que vigoraram de 1446 a 1876, quando foi aprovado o primeiro Código Civil de Portugal. No que se refere à sucessão legítima em Portugal, ela foi durante alguns séculos regulada pela Novela 118, de Justiniano, conforme se achava reproduzida pelo Código Visigótico.

Nas Ordenações Filipinas, por exemplo, quando da falta de descendentes, o direito sucessório era conferido aos ascendentes; na inexistência destes, aos irmãos e, a seguir, a todos os outros parentes até ao décimo grau. Só não havendo estes parentes é que se podia suceder o cônjuge sobrevivente. No que tange à evolução do direito sucessório do cônjuge, e baseando-se nos estudos de Arnaldo Wald, é importante ressaltar que durante o período de vigência das referidas Ordenações (Livro IV, Título 94), o cônjuge sobrevivente encontrava-se em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, sendo chamado à sucessão somente depois dos colaterais até o décimo grau. Esta situação perdurou até 31 de dezembro de 1907, quando do advento da Lei 1839, denominada Lei Feliciano Pena, a qual trouxe importantes benefícios ao cônjuge, situando-o em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, antes dos colaterais.<sup>16</sup>

A referida ordem de vocação hereditária, introduzida pela Lei Feliciano Pena, foi mantida pelo Código Civil brasileiro de 1916, em seu artigo 1.603, que mantém o cônjuge como ocupante do terceiro lugar na ordem, após os descendentes e ascendentes, mas na condição de herdeiro legítimo e não necessário. Na categoria de herdeiro legítimo, poderia ser excluído da sucessão se o *de cujus*<sup>17</sup> deixasse legado, por intermédio de testamento, de toda sua cota

---

<sup>16</sup> WALD, Arnaldo. **O novo direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.65.

<sup>17</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.244: o autor explica que o termo *de cujus* refere-se a uma "locução latina, que se traduz por *aquela* ou *aquela de cujo* ou *de cuja...*, utilizada não somente para indicar que a sucessão está aberta, como para significar a *pessoa falecida*, sendo assim, equivalente ao *morto*, ao *falecido*, ao *sucedido*."



disponível na herança, sem a contemplação do cônjuge.

Aqui, salutar se torna expor que o sistema sucessório estabelecido pelo Código Civil brasileiro de 1916 baseou-se no parentesco consangüíneo, privilegiando a grande família patriarcal, constituída exclusivamente pelo matrimônio e marcada pela autoridade marital. Considerando-se os subsídios colhidos em Ana Luiza Maia Nevares e visualizando-se a situação sob a ótica da época, é possível entender que o legislador buscava a manutenção do patrimônio no âmbito do grupo familiar, justificando o desfavor legislativo quanto aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, que só participava da sucessão na ausência de descendentes e ascendentes, uma vez que, dessa forma, evitava-se o perigo da transferência de riqueza da família de um cônjuge para a família do outro, em virtude de segundo casamento do cônjuge supérstite.<sup>18</sup>

No entanto, no decorrer da vigência daquele Código, foram editadas algumas leis especiais na tentativa de promover a proteção do cônjuge e permitir a harmonização das relações familiares. Dentre tais normatizações existem os Decretos-Lei nº. 3.200, de 19 de abril de 1941, e nº. 5.187, de 13 de janeiro de 1943, que dispõem sobre a organização e proteção da família; este último Decreto, em seu artigo 17, estabelece à mulher brasileira, casada com estrangeiro sob regime que exclui a comunhão universal de bens, a garantia de receber, no caso de falecimento do marido, o usufruto vitalício da quarta parte dos bens do esposo morto, se houverem filhos brasileiros do casal ou do marido<sup>19</sup>, e de metade dos bens se os não houver. O mesmo Decreto, no artigo 18, assegurava que aos brasileiros, filhos

---

<sup>18</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.4.

<sup>19</sup> Redação inserida pelo Decreto-Lei n. 5.187, de 13 de janeiro de 1943, acrescentando que o direito ao usufruto também incidiria sobre a quarta parte dos bens, se houvessem filhos brasileiros apenas do marido.

do casal, sob o regime que exclui a comunhão universal, caberiam, em partilha, por morte de qualquer dos cônjuges, metade dos bens do cônjuge sobrevivente, adquiridos na constância da sociedade conjugal.<sup>20</sup>

Entre os dois Decretos retro citados também é publicado no DOU - Diário Oficial da União de 08/10/1942, o Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, amplamente conhecido como “Lei de Introdução ao Código Civil”; no parágrafo primeiro de seu décimo artigo, este Decreto altera a situação da mulher brasileira casada com estrangeiro, excepcionando a regra segundo a qual se aplica à sucessão por morte ou por ausência de lei do país em que era domiciliado o falecido ou o desaparecido; também determina que seja aplicada a lei brasileira à sucessão de bens de estrangeiros situados no país, quando tal norma for mais benéfica ao cônjuge ou aos filhos brasileiros, encontrando o cônjuge a proteção sucessória nas normas pertinentes ao Direito Internacional Privado.

Seguindo a tendência de não estaticidade do Direito, em 21 de outubro de 1949 foi editada a Lei nº. 883, que permitiu o reconhecimento de filhos concebidos fora do casamento, e com efeitos sucessórios ao cônjuge. Caio Mario da Silva Pereira compactua plenamente com tal iniciativa, mesmo porque acredita que a perfilhação<sup>21</sup> não trouxe a conseqüência de excluir o cônjuge sobrevivente, a não ser que o *de cujos* tenha deixado testamento; na falta ou ineficácia deste, se o regime for de separação de bens, o cônjuge sobrevivente herda a metade dos bens

---

<sup>20</sup> Cf. MAXIMILIANO, Carlos. op. cit. p.141.

<sup>21</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.602: o autor explica que perfilhação, “na terminologia jurídica é o vocábulo aplicado como *reconhecimento do filho*”, ou seja, “é o ato pelo qual a pessoa vem formalmente declarar sua qualidade da pai ou de mãe de outra pessoa. Revela, por isso, a demonstração da filiação. É a confissão da filiação, a que se deve seguir a legitimação.”

deixados pelo outro e cabe aos adúlteros, reconhecidos na forma dessa Lei, a outra metade.<sup>22</sup>

Com o intuito de proteger a mulher (e a exemplo de normas estrangeiras), o legislador brasileiro criou uma herança concorrente, em usufruto, do cônjuge, com descendentes ou ascendentes; isso ocorreu em 27 de agosto de 1962, quando foi promulgada a Lei 4.121, denominada de “Estatuto da Mulher Casada” que, introduziu os parágrafos 1º e 2º no artigo 1.611 do Código Civil brasileiro de 1916, cuidando do instituto do usufruto e do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente. Pinto Ferreira ilustra a questão no entendimento de que, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, o cônjuge viúvo (a situação se aplica a ambos os cônjuges) teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e à metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cuius*.<sup>23</sup>

É de fácil percepção que a referida Lei notadamente protegeu o cônjuge sobrevivente que, sem patrimônio próprio suficiente, poderia, talvez até mesmo em idade avançada, não possuir meios de subsistência, além do que o autor retro citado, ao comentar sobre a alteração do §2º do referido artigo, entende que a Lei nova veio a admitir a concorrência do cônjuge na sucessão com os parentes em linha reta do *de cuius*, assegurando-lhe, quando a contração do matrimônio ocorrer em regime de comunhão universal, e enquanto viver e permanecer na viuvez, o direito real de habitação referente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. op. cit., 1980a. p.94.

<sup>23</sup> PINTO FERREIRA. op. cit. p.102.

<sup>24</sup> Ibidem. p.102.

No entanto, com o advento do atual Código Civil brasileiro, levado a efeito pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a tutela sucessória do cônjuge encontrou melhor estrutura normativa, privilegiando sua posição sucessória, elevando-o à categoria de herdeiro necessário. A previsão legal ficou estabelecida nos artigos 1.829, 1.838 e 1.845 do referido diploma legal, o que será mais bem aprofundado no capítulo 3 do presente estudo.

## **1.2 O entendimento da sucessão como garantia constitucional**

A questão que envolve a sucessão não foi desconsiderada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, haja vista que, em seu artigo 5º, a Carta Magna assegurou o direito à herança como garantia constitucional, conforme reprodução do artigo a seguir:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança;

Esta previsão constitucional foi inserida no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Fundamentais), que consiste no conjunto de direitos e garantias do ser humano, com a finalidade básica de respeito à dignidade por meio de proteção contra o arbítrio do poder estatal, estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Cf. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002. p.162.

Torna-se aqui relevante expor que nas constituições anteriores não existia a previsão do direito à herança, uma vez que se entendia que este estava implícito no direito de propriedade. Consagrado na Constituição Federal de 1988, o direito à herança consiste na transferência dos bens ao sucessor em virtude da morte de alguém, isto é, herda-se o patrimônio, acervo hereditário ou espólio.

Apreende-se, subsidiando-se em Sebastião Amorim e Euclides Benedito de Oliveira, que a percepção de herança visa preservar a continuidade do próprio ente familiar, alçado ao nível de direito fundamental da pessoa humana (daí sua inclusão no artigo 5º da Carta Magna), pois demanda que se proceda à atribuição dos bens deixados pelo falecido aos seus sucessores sob a fiel observância desse critério de valorização do ser humano.<sup>26</sup>

Assim, entende-se que a garantia constitucional do direito à herança não seguirá exatamente os ditames do direito de propriedade; caso contrário o legislador teria tratado da matéria em capítulo próprio dessa área do Direito. Na verdade, a Assembléia Constituinte preocupou-se em proteger à igualdade de direitos e à continuidade da família.

Esse posicionamento é compactuado pelo desembargador José Luiz Gavião de Almeida, já que seria possível sustentar que a regra visa tão somente à garantia do direito de propriedade (incisos XXII), antes protegido constitucionalmente. No entanto, o legislador não tratou da matéria dentro no âmbito das regras do direito de propriedade, considerando-se que haveria, então, por imposição constitucional, a garantia na transmissão *causa mortis* da propriedade de forma ilimitada. Com isso, estariam vedados os dispositivos da legislação ordinária, que proíbem a absoluta

---

<sup>26</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999. p.31.

disposição de bens, como é o caso das limitações ao poder de testar, tanto na quantidade dos bens distribuídos quanto na categoria das pessoas indicadas.<sup>27</sup>

Entretanto, muito além de preservar o direito de propriedade, os artigos 226 (§4º) e 227 (§6º) da mesma normativa constitucional<sup>28</sup> reafirmam a garantia constitucional debatida, que visa, como intuito maior, a importância da entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, não havendo qualquer discriminação relativa à filiação, oriunda da relação matrimonial ou de adoção, concedendo a todos os mesmos direitos sucessórios.

Porém, destaque-se que, como se pode observar no decorrer da presente pesquisa, o direito de herança não será absoluto, uma vez que o herdeiro poderá ser excluído da sucessão quando considerado indigno ou deserddado, situação esta devidamente abordada no capítulo 8 deste trabalho.

Dando a merecida continuidade ao assunto, há que se explicar que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso XXXI, cuida de outra garantia fundamental que pode alterar a designação da sucessão por intermédio da ordem de vocação hereditária pátria, pois determina que: “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos

---

<sup>27</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. Direito das Sucessões. Sucessão em Geral Sucessão Legítima. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. p.27.

<sup>28</sup> Art. 226. A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] Parágrafo 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] Parágrafo 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

filhos brasileiros, sempre que não lhe seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*".<sup>29</sup>

Os princípios constitucionais aqui delineados resguardam importância e possibilitam o entendimento de que influenciaram o legislador às atuais e significativas mudanças trazidas pelo Código Civil vigente, notadamente no Direito das Sucessões, como um dos ramos do Direito que mais sofreu alterações com o passar dos anos, trazendo uma inovação de maior impacto na sociedade brasileira, ou seja, a inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária, em concorrência com descendentes e ascendentes.

---

<sup>29</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.8  
Cabe também aqui expor, a título de ilustração, a seguinte jurisprudência: Apelação improvida. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - 3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 14.153/98-RJ – Relator: Desembargador Hudson Lourenço - J.18.12.1998; V.U. - ementa.). Ementa: Inventário - Esboço de Partilha - Falecido e Ascendentes Portugueses - Cônjuge Meeira - Critério na Divisão dos Bens - Constituição Federal, Artigo 5º, XXXI - Código Civil, Artigos 1.603, 1.606 e 1.611: Segundo o cânone constitucional que rege a questão (cf. artigo 5º, XXXI), a presença de estrangeiros em sucessão "causa mortis" exige melhor estudo para o Juiz solucionar os conflitos surgidos sobre a possibilidade de aplicação da lei de países distintos. O texto em comento oferece duas soluções, a prevalecer aquela que for mais favorável ao cônjuge ou aos seus filhos brasileiros (in: BASTOS, Celso R. Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol. p.152). In casu, sendo o falecido e seus pais portugueses e a cônjuge sobrevivente brasileira, aplica-se o artigo 2.142 do Código Civil Português, por ser este mais favorável à cônjuge, a qual será beneficiada com 2/3 dos bens e os pais do falecido com 1/3. Fonte: BAASP, 2150/267-e, de 13.03.2000.

## 2 DA SUCESSÃO POR DISPOSIÇÃO EXCLUSIVA DA LEI: SUCESSÃO LEGÍTIMA

Existem diferenças significativas entre as sucessões dos tipos legítima e testamentária, sendo que esta última se dá pela transmissão dos bens do *de cujos* às pessoas por ele contempladas em ato de última vontade, ou seja, pelo testamento. De Plácido e Silva explica que, no primeiro caso, “é a que se cumpre por força de lei, sendo os herdeiros determinados segundo as próprias normas jurídicas”; já, a sucessão testamentária, como o próprio nome diz, é aquela que “resulta de *disposição de última vontade*, isto é, de *testamento* que se repute válido”.<sup>30</sup>

Sem menosprezar a importância da doutrina, também é possível recorrer ao disposto no artigo 1.786 do Código Civil vigente, normatizando que a sucessão é levada a efeito por força de lei ou disposição de última vontade. Falecendo a pessoa sem testamento, dispõe o artigo 1.788 da mesma norma que transmite-se a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento, subsistindo a sucessão legítima se o testamento caducar ou for julgado nulo.

Não havendo testamento, a sucessão legítima é aplicada em sua totalidade (ou na parte em que o testamento for omissivo), promovendo-se o chamamento dos sucessores segundo a ordem de vocação hereditária. Ressalte-se que, as sucessões legítima e testamentária não se excluem, podendo ocorrer simultaneamente de maneira que, se o testador não elencou todos os seus bens no testamento, aqueles não compreendidos serão transmitidos de acordo com as

---

<sup>30</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.781.



disposições da sucessão legítima, e da mesma forma se o testamento caducar ou for julgado nulo.<sup>31</sup>

Em complementação ao assunto em tela, é possível amparar-se nos sólidos conhecimentos transmitidos por Carlos Maximiliano, quando o autor explica que:

Sucessão legítima é a que, na falta de disposição expressa e válida do *de cuius* relativa a todo o acervo hereditário, a lei defere, com atender ao vínculo familiar e à vontade presumida do defunto. Tem as suas raízes na preocupação social com a unidade e a solidariedade da família: o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência daquela unidade e a presunção da existência da solidariedade e, no dizer de GROTIUS, é o testamento presumido do falecido: presume-se o justo e o honesto.<sup>32</sup> (grifo do autor).

Ao se abordar a questão que envolve a sucessão legítima, há que se explicar que esta obedece às regras do Código Civil, no sentido da indicação das pessoas que figurarão como sucessores. E tem ela aplicação na hipótese de inexistência de testamento, ou, mesmo havendo este, seja ele nulo, caduco ou não disponha sobre todos os bens do falecido. Esta linha de pensamento também pertence a José Luiz Gavião de Almeida, de quem também se pode incorrer que a sucessão legítima é aplicada quando os herdeiros e legatários indicados no ato de disposição de última vontade não aceitarem ou renunciarem à herança ou ao legado. Também se considera legítima a sucessão quando é chamado um pré-herdeiro (embora aqui seja a sucessão provisória), que se dá, por exemplo, quando se impõe, no testamento, uma condição que carece de tempo para ser cumprida. Nesse intervalo opera-se a sucessão legítima, com o chamamento do pré-herdeiro. Aqui, a sucessão provisória pode tornar-se definitiva, caso a condição não se realize.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Cf. AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p.35.

<sup>32</sup> MAXIMILIANO, Carlos. op. cit. p.133.

<sup>33</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.198.

Observa-se que, na sucessão legítima, quando a lei defere aos parentes do *de cuius*, pretende-se reforçar o vínculo familiar, com a presunção de ser atendida a vontade do autor da herança. O seu fundamento continua sendo a preocupação social com a unidade e a solidariedade da família.<sup>34</sup>

De acordo com o Código Civil de 1916, eram considerados herdeiros necessários os descendentes e ascendentes. O cônjuge, os colaterais e o Estado eram considerados como herdeiros legítimos.<sup>35</sup>

No entanto, a legislação vigente destacou como herdeiro necessário também o cônjuge, assunto este que será estudado no item 2.2 do presente capítulo.

## 2.1 Ordem de vocação hereditária

Antes mesmo de um maior aprofundamento neste tema, cabe explicar primeiramente que a ordem de vocação hereditária é aquela determinada por lei e segundo uma hierarquia que coloca os sucessores em graus de preferência em relação ao sucessível, e conforme a classe a que pertencem.<sup>36</sup>

Subsidiando-se nos conhecimentos acumulados e socializados por Pinto Ferreira, é possível conceituar esta ordem de vocação hereditária como “uma ordem de preferência determinada pela lei para a sucessão legítima, decidindo sobre as preferências que deverão prevalecer entre os parentes que herdarão o patrimônio deixado pelo falecido (*de cuius*)”.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003a. p.210.

<sup>35</sup> PINTO FERREIRA. op. cit. p.11: reportando-se ao Código Civil antigo (1916), este autor explica que os herdeiros legítimos são de duas categorias, a saber: “a) *herdeiro legítimo necessário*, que é constituído pela categoria de herdeiros legítimos, abrangendo os descendentes e ascendentes; e b) *herdeiros simplesmente legítimos*, como o cônjuge, os colaterais e o poder público.”

<sup>36</sup> Cf. LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit., 2003a. p.210.

<sup>37</sup> PINTO FERREIRA. op. cit. p.10.

Nessa ordem de vocação hereditária ocorre a preferência das pessoas detentoras de maiores vínculos com o falecido, autor da herança, pelos laços familiares e, segundo Euclides Benedito de Oliveira, a vocação hereditária é o chamamento de pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido, explicando o autor que tal procedimento:

Pode dar-se por disposição legal, como ocorre na sucessão legítima, em que os herdeiros são chamados segundo a ordem da vocação hereditária. Ou pode ocorrer pela contemplação dos herdeiros previstos em testamento, e bem assim dos legatários, por disposição de vontade do autor da herança.<sup>38</sup>

No entanto, cumpre destacar que a origem da ordem de vocação hereditária remonta ao antigo Direito Romano e foi paulatinamente se alterando, muito embora se mantendo quase intacta, como se verá no que tange à preferência a certas ordens de sucessores, como no caso dos descendentes.

Cabe também frisar que, já nos tempos bíblicos, era possível identificar a ordem de vocação hereditária; num primeiro momento, pela transmissão da herança à primogenitura, como no caso do nascimento dos irmãos gêmeos Esaú e Jacó; e posteriormente, quando da passagem no Livro Números, Capítulo 27:6, onde se percebe ter sido “determinada” uma ordem de “vocação” para o recebimento da herança, conforme transcrição a seguir:

Então disse o Senhor a Moisés: as filhas de Selofade falam o que é justo; certamente lhes dará posse de herança entre os irmãos de seu pai; a herança de seu pai farás passar a elas. E falarás aos filhos de Israel dizendo: quando alguém morrer e não tiver filho, então fareis passar a sua herança à sua filha. E, se não tiver filha, então a sua herança dareis a seus irmãos. Porém, se não tiver irmãos, então dareis a sua herança aos irmãos de seu pai. Se também seu pai não tiver irmãos, então dareis sua herança a seu parente, àquele que lhe for o mais chegado da sua família, para que

---

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. A Concorrência Sucessória e a Ampliação dos Conflitos Familiares. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. p.27.

a possua; isto aos filhos de Israel serão por estatuto de direito, como o Senhor ordenou a Moisés.<sup>39</sup>

Estas passagens bíblicas ilustram que desde os primórdios da formação religiosa (no caso, a cristã) existe a preocupação em organizar a ordem de vocação hereditária; contudo, não têm o condão de comparar ou interpretar as mesmas com as leis, normas ou doutrinas posteriores, uma vez que os entendimentos das primeiras são variáveis de acordo com análises teológicas.

De qualquer forma, este estudo não pode omitir o destaque de que, no que se refere à ordem de vocação hereditária para o direito pátrio, a influência mais significativa adveio do Direito Romano, no qual se dava supremacia à sucessão testamentária, em valorização à disposição de vontade do titular dos bens. Euclides Benedito de Oliveira é favorável a essa linha de pensamento, entendendo que, em tal período histórico, somente não havendo testamento, ou naquilo em que ele deixasse de dispor, abria-se a sucessão *ab intestato*, modernamente chamada de sucessão legítima, chamando-se os herdeiros segundo determinada a ordem de vocação.<sup>40</sup>

Estende tal concepção na aceção de que a evolução do Direito Romano marcou períodos diferenciados no decorrer de sua história, a saber: a) Direito antigo → com destaque à Lei das XII Tábuas, desde as origens de Roma até os anos entre 149 e 126 AC; b) Direito clássico → com notável influência do pretor e a edição do *jus civile*, que se estende até o fim do reinado de Diocleciano, em 305 DC; e c) Direito pós-clássico (ou romano-helênico) → que vai até a morte de Justiniano, em 565 DC, daí a ser conhecido de “direito justinianeus”.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> **Bíblia de Estudo da Mulher** Belo Horizonte: Atos, 2002. p.157.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.18.

<sup>41</sup> Ibidem. p.18.

Para uma compreensão mais abrangente sobre a evolução da ordem de vocação hereditária, necessário se faz partir do princípio, ou melhor, com a “Lei das XII Tábuas”, que atribuía a prerrogativa sucessória aos *sui heredi* em primeiro lugar, isto é, às pessoas da família que se encontravam sob o poder imediato do falecido; em segundo, aos *agnados*, levando em consideração a proximidade de seu parentesco em relação ao *de cuius*, assim considerados os colaterais de origem exclusivamente paterna<sup>42</sup>; e, em terceiro, aos *gentiles*, ou seja, os membros da mesma família, descendentes de uma *pater comum*, ou pertencentes à mesma *gens*, tendo o mesmo nome e origem comum.<sup>43</sup>

Contudo, não devem ser desconsiderados os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, ao expor o autor que:

Somente no Código de JUSTINIANO a sucessão legítima passa a fundar-se unicamente no parentesco natural, estabelecendo-se a seguinte ordem de vocação hereditária: a) os descendentes; b) os ascendentes, em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais; c) os irmãos e irmãs, consangüíneos ou uterinos; e d) outros parentes colaterais.”<sup>44</sup> (grifo do autor)

No Brasil, o direito sucessório, regulado primitivamente pelo Código Filipino, não seguiu a ordem estabelecida por Justiniano, teoria esta defendida por Eduardo de Oliveira Leite, para quem a ordem de vocação hereditária, que vigorou até 1907, quando foi promulgada a Lei nº 1.839, era a seguinte: a) descendentes, até o infinito; b) ascendentes, até o infinito; c) colaterais, até o 10º de consangüinidade; d) cônjuge sobrevivente; e) fisco (Estado).<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.18.

<sup>43</sup> Cf. WALD, Arnoldo. op. cit. p.2.

<sup>44</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.4.

<sup>45</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit., 2003a. p.213.

Ainda com base no referido autor é possível entender que, com a promulgação da Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, denominada “Lei Feliciano Pena”, alterou-se a ordem posta como vigente à época, passando o cônjuge sobrevivente para a terceira classe, então ocupada pelos colaterais, que passaram a fazer parte da quarta classe, já reduzindo a sucessão destes ao 6º grau, quando anteriormente era até o 10º.<sup>46</sup>

Dando prosseguimento ao breve resgate histórico, insta afirmar que com a promulgação do Código Civil de 1916, no dia em 1º de janeiro daquele ano, foi mantida a ordem de vocação hereditária estabelecida pela Lei anterior, mas em 1990, a Lei 8.049 alterou o artigo 1.603 do referido Código, com a inclusão do inciso V, designando, após os colaterais, a seguinte ordem: aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, em vigência atualmente, o legislador inseriu o cônjuge na ordem de vocação hereditária em concorrência com os descendentes ou, na falta destes, com os ascendentes do falecido, passando a ocupar a classe dos herdeiros necessários, conforme dispõe seu artigo 1.829, porém, mantendo-o na terceira classe. Para melhor ilustrar e permitir um entendimento mais profundo, considerou-se relevante reproduzir o artigo em questão, bem como seus incisos, a saber:

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. 1640, 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.

---

<sup>46</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit., 2003a. p.213

A inclusão do cônjuge na ordem de vocação hereditária pode ser considerada uma mudança radical, que propiciou a tal agente uma ascensão até então inimaginável, pois o cônjuge sobrevivente passa a concorrer com os descendentes (em primeiro lugar) e com os ascendentes (em segundo lugar). Compactuando com a idéia de que tal mudança foi radical, Eduardo de Oliveira Leite entende que, neste novo *status*, o cônjuge sobrevivente deixa de ser herdeiro legítimo facultativo e atinge o patamar de herdeiro necessário. De terceiro lugar (posição ocupada no início do século na ordem de vocação hereditária), passa para o primeiro lugar na ordem de preferência, não sendo mais usufrutuário, mas tornando-se titular de quota da herança.<sup>47</sup>

Muito embora o legislador tenha valorizado a posição do cônjuge na ordem da preferência dos herdeiros, impôs também restrições à concorrência sucessória, que fica na pendência de verificação do regime de bens adotado no casamento e, ainda, se ao tempo da morte do outro não estavam separados judicialmente ou de fato há mais de dois anos, salvo prova de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

## **2.2 Considerações a respeito dos herdeiros necessários**

No Código Civil brasileiro de 1916, eram considerados herdeiros necessários apenas os descendentes e os ascendentes do falecido, além do que o legislador não indicava diretamente quais eram os herdeiros necessários, limitando-se a afirmar

---

<sup>47</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Novo código civil**. São Paulo: Método, 2003b. p.446.

que o testador que tivesse descendentes ou ascendentes não podia dispor de mais da metade dos bens de que fosse senhor.<sup>48</sup>

Contudo, o Código Civil vigente, em seu artigo 1.845, determina que: “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

A doutrina sempre procura lançar luz ao entendimento das normatizações que deixam dúvidas e, sob esse prisma, Silvio de Sálvio Venosa vem explicar que, quando a lei estabelece uma herança necessária, está colocando-se no “meio termo”; permite sempre o testamento, mas restringe o alcance quando há qualquer herdeiro na linha descendente ou, na falta deste, na linha ascendente. Atualmente, restringe-se também ao cônjuge como herdeiro necessário.<sup>49</sup>

Assim, o referido artigo não especifica quais são os herdeiros que não poderão ser excluídos da sucessão, nem sequer dividir menos da metade do montemor, motivo pelo qual é possível buscar base em Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, sustentando a autora que a legislação atual o faz de forma direta, afirmando que são herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes, como no direito anterior, e incluindo na mesma categoria, desta feita, o cônjuge sobrevivente.<sup>50</sup>

Cabe ressaltar que aos herdeiros necessários é garantido o direito à legítima<sup>51</sup> e só poderão ser privados desta, nas hipóteses específicas de indignidade e deserção, determinadas na lei, o que será objeto de estudo capítulo 8 do presente trabalho. Ainda sobre o assunto, vale aqui reproduzir o artigo 1.849 do

---

<sup>48</sup> Cf. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros Necessários e Direito de Representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito das sucessões no novo código civil**. São Paulo: Del Rey, 2004a. p.53.

<sup>49</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2003. p.202.

<sup>50</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. op. cit. 2004a. p.67.

<sup>51</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.480: o autor explica que legítima “é o vocábulo empregado para para indicar a *porção* ou *parte da herança*, que pertence ou cabe ao herdeito.”



atual Código Civil, normatizando que “o herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima”.

A legítima consiste no direito sucessório do herdeiro legitimário, concentrado em porção dos bens hereditários. Com base em Ney Mello de Almada, também se pode suscitar que essa porção equivale à metade dos bens sucessórios, que ao herdeiro legitimário será necessariamente destinada, sendo proibida a disposição da legítima no testamento.<sup>52</sup> Ainda sobre o tema, não é demais explicar que o próprio Código Civil vigente explicita, em seu artigo 1.857, que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

Também baseando-se no autor retro citado, entende-se que, até a partilha, a legítima concentra-se em porção ideal sobre os bens hereditários, sendo calculada sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se em seguida o valor dos bens sujeitos à colação, objetos de liberalidade feitas aos legitimários.<sup>53</sup> E sobre o assunto, cabe reproduzir o artigo 1.847 do atual Código Civil, normatizando que: “calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”.

Reportando ao herdeiro necessário, com a disposição do Código Civil vigente, o cônjuge sobrevivente passa a ostentar igual privilégio, como disposto no artigo 1.849, além de outras vantagens na ordem da vocação hereditária, pela concorrência com os descendentes, na pendência do regime de bens adotado no casamento, e com os

---

<sup>52</sup> ALMADA, Ney de Mello. **Sucessões**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.185.

<sup>53</sup> *Ibidem*. p.188.

ascendentes do falecido, desde que não esteja separado judicialmente ou de fato a mais de dois anos.<sup>54</sup>

### 2.3 Os descendentes no processo de sucessão

Primeiramente, antes mesmo de um aprofundamento sobre a questão dos descendentes no processo de sucessão, necessário se faz explicar a terminologia deste adjetivo que, segundo De Plácido e Silva, “é empregado para designar todo parente que *descende* (provêm) de um progenitor comum, o qual, na ordem em que se coloca na *linha reta*, que desce, *sucede* sempre o que lhe antecede”.<sup>55</sup>

Os descendentes são sempre os primeiros que formam a classe privilegiada na ordem de vocação hereditária; são este, os filhos e, na sua falta, os netos e, posteriormente, os bisnetos, podendo alcançar o infinito. De acordo com o artigo 1.833 do atual Código Civil, “entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação”.

Na forma do direito de representação, deve-se observar a disposição do artigo 1.835 da mesma norma legal, “na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”.

É preciso destacar que, em primeiro lugar, serão chamados a suceder os filhos do autor da herança, tendo homens e mulheres direitos iguais. Carlos Roberto Gonçalves enriquece o assunto explicando que não mais prevalecem os antigos

---

<sup>54</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.55.

<sup>55</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.257.

privilégios da varonia e da primogenitura, tendo como fundamento da primazia concedida aos filhos o senso comum de que o amor pelos descendentes é mais intenso e vivo, sendo a vontade presumida do *de cuius*.<sup>56</sup>

Também não se pode omitir que atualmente, com resguardo constitucional, existe igualdade de filiação em relação à sua origem, decorrida ou não do casamento. A equiparação dos filhos na sucessão é garantia consagrada pela Constituição Federal de 1988, por intermédio do artigo 227 (§6º), além de disposições legais subseqüentes, como as constantes na Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que, seu artigo 20, põe fim à distinção que se fazia com relação à filiação, inclusive para fins de sucessão testamentária.<sup>57</sup>

Entretanto, vale reproduzir a disposição contida no artigo 1.834 do Código Civil em vigência, normatizando que: “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

Sobre referida disposição, pondera coerentemente Silvio Rodrigues, ao afirmar que a linguagem do texto encontra-se confusa ao mencionar “os descendentes da mesma classe”, quando os descendentes já integram a mesma classe; aliás, a primeira classe dos sucessíveis. Salaria o autor que o artigo retro citado vem reafirmar que estão suprimidas todas as normas que vigoraram no passado e que estabeleciam distinções odiosas entre os descendentes, desnivelando os filhos, conforme a origem da filiação. E conclui sua fundamentação explicando que:

O que se quis dizer é que os descendentes têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes. Até por imperativo constitucional (art. 227, § 6º), os descendentes não podem ficar discriminados, por

---

<sup>56</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.144.

<sup>57</sup> Ibidem.p.87.

qualquer razão, seja pela natureza da filiação, seja pelo sexo ou primogenitura. Nem pela circunstância de ser biológico ou civil o parentesco. Todos têm o mesmo e igual direito hereditário, sendo a paridade total e completa. A única preferência que se admite é a que se baseia no grau de parentesco: os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação (CC, art. 1.833).<sup>58</sup>

No ordenamento jurídico anterior (leia-se Código Civil de 1916), o privilégio hereditário dos descendentes era maior, pois recebiam a totalidade da herança com a redução do direito de usufruto ou do direito real de habitação, que a lei estabelecia em favor do cônjuge sobrevivente, conforme o regime de bens adotado no casamento.<sup>59</sup>

Todavia, pela nova sistemática os descendentes, na qualidade de herdeiros de primeira classe, típica da sucessão legítima, só amealharão a totalidade da herança se não houver cônjuge sobrevivente ou quando o regime de bens esteja restrito às regras do artigo 1.829 do Código Civil.<sup>60</sup>

A concorrência dos descendentes com o cônjuge sobrevivo, nos moldes do artigo supracitado, será objeto de estudo no capítulo 3 (item 3.1.2).

## 2.4 Os ascendentes no processo de sucessão

Num primeiro momento, considerando-se que o presente trabalho também deve possibilitar o acesso ao leitor leigo, torna-se eficaz a apresentação de uma conceituação, mesmo que breve, do que vem a ser ascendentes, que na visão de De Plácido e Silva, tratam-se dos “ antepassados, ou melhor, são os pais, avós, os

---

<sup>58</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.107-108.

<sup>59</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.85.

<sup>60</sup> DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p.156.

bisavós, os trisavós, etc., que constituem a *linha reta ascendente*, isto é, a linha reta de parentesco que se observa dos filhos para os genitores, remontando-se ou se *subindo* das gerações atuais às anteriores”.<sup>61</sup>

Sobre a sucessão dos ascendentes, vale ressaltar que ela origina-se da vida, tanto em sua expressão biológica quanto (e principalmente) no aspecto espiritual, mediante a educação deles emanada. Buscando Ney de Mello Almada como fonte de conhecimento, entende-se que aos descendentes cabe a prolação sucessória, considerando-se que esta categoria representa parcela essencial do falecido, desmembrada na continuidade de sua existência e a lhe projetar no tempo a personalidade; aos ascendentes cabe a herança, em segundo lugar, porque são as raízes genéticas, a base e retaguarda moral.<sup>62</sup>

Os ascendentes são chamados a receber a herança somente na falta de descendentes, não prevalecendo, neste caso, o direito de representação. Além disso, é possível amparar-se nos ensinamentos de José Luiz Gavião de Almeida, para quem os ascendentes são divididos em duas linhas: a paterna e a materna; a herança repartida entre tais linhas é partilhada entre os ascendentes que a integram, desde que tenham todos o mesmo grau de parentesco. E ilustra a situação explicando que, havendo na concorrência um avô materno e avós paternos, a herança será dividida em duas partes, recolhendo uma delas o avô materno (único representante da linha materna) e repartindo a outra metade da herança entre si os avós da linha paterna.<sup>63</sup>

Sua condição sucessória foi mantida pelo Código Civil vigente (artigo 1.829, II); porém, concorrendo com o cônjuge sobrevivente (artigo 1.836), alteração esta que

---

<sup>61</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.86.

<sup>62</sup> ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. São Paulo: Brasiliense, 1991. p.309.

<sup>63</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.204.

será analisada no capítulo 3 (item 3.1.4) do presente trabalho. De qualquer forma, é oportuno transcrever os referidos artigos, já que possibilitam um melhor entendimento deste parágrafo, a saber:

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

[...]

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

[...].

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Desenvolvidas as idéias básicas a respeito dos ascendentes, a continuidade do trabalho também exige que se façam alguns comentários acerca do cônjuge, o que será feito a seguir.

## 2.5 O cônjuge no processo de sucessão

Inicialmente, na expectativa de oferecer ao leitor um conceito a respeito do que vem a ser cônjuge, vale amparar-se em De Plácido e Silva, para quem se trata de uma “designação dada a cada uma das pessoas unidas pelos laços matrimoniais. É, assim, denominação que se dá aos esposos, ou seja, ao *marido* e à *mulher*, casados legalmente”.<sup>64</sup>

Pela ordem de vocação hereditária estabelecida anteriormente pelo Código Civil de 1916, o cônjuge ocupava a terceira posição, consoante a disposição estabelecida pelo artigo 1.603, inciso III, a saber: “a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...]; III - ao cônjuge sobrevivente.”

---

<sup>64</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.179.

Ainda com relação àquela mesma normativa legal (artigo 1.611, §1º), além da terceira posição na ordem de vocação hereditária, era assegurado ao cônjuge o usufruto da quarta parte dos bens do falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e da metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cuius*, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal.

Não obstante, este mesmo Código (artigo 1.611, §2º) ainda assegurava ao cônjuge casado pelo regime de comunhão de bens, enquanto viver e permanecer viúvo, o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

De forma privilegiada, o atual Código Civil, por intermédio de seu artigo 1.829, elevou o cônjuge à categoria de herdeiro necessário, em concorrência com descendentes e ascendentes, alterando, assim, a ordem de vocação hereditária. Tal privilégio está condicionado às restrições, no tocante ao regime de bens, bem como na condição de não estarem separados judicialmente ou de fato, há mais de dois anos, salvo comprovação de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, consoante disposições contidas nos artigos 1.829 e 1.830 desta mesma norma legal.

Saliente-se que, com a inclusão do cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário, e consoante a possibilidade de concorrer à herança mesmo na condição de separado de fato, previsão contida no artigo 1.830 do Código Civil vigente, corre o risco de deparar-se na concorrência sucessória com o companheiro do autor da herança, situação que será analisada no item 3.1.6 do capítulo 3.

## 2.6 Os colaterais no processo de sucessão

Continuando a sistemática adotada nos subitens anteriores, julgou-se conveniente buscar o conceito do adjetivo “colateral” em De Plácido e Silva, explicando o autor que tal termo significa o que está ao lado; é, “na linguagem jurídica, como na genealógica, empregado para indicar os parentes que não procedem da *linha reta*, mas sim da *linha dos lados* (colateral transversal)”.<sup>65</sup>

No âmbito do Código Civil em vigência, entende-se, por meio de seu artigo 1.839, que se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no artigo 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

Sobre a definição de colaterais também é possível amparar-se nos ensinamentos de Pinto Ferreira, uma vez o autor permite entender que se tratam dos parentes que não têm procedência direta, pois, embora descendam do mesmo tronco ancestral, não se originam diretamente uns dos outros.<sup>66</sup>

Nesse sentido, são herdeiros colaterais, em segundo grau, os irmãos; em terceiro grau os sobrinhos e tios; e, em quarto grau, os sobrinhos-netos e tios-avôs. O atual Código Civil dispõe, em seu artigo 1.840, que na classe dos colaterais os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos.

Além disso, a mesma norma legal, segundo o artigo 1.853, dispõe que entre os colaterais só há direito de representação entre irmãos do *de cujus* e filhos de irmão pré-morto. Já, no *caput* do artigo 1.843, fica definido que entre tios e sobrinhos, ambos colaterais de terceiro grau, estes preferem àqueles. Para melhor

---

<sup>65</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.179.

<sup>66</sup> PINTO FERREIRA. op. cit. p.103.



ilustrar a questão, vide a seguir a transcrição dos referidos artigos:

Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

[...]

Art. 1.853. Na linha transversal, somente se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem.

Cumprido destacar que os colaterais até o quarto grau são herdeiros legítimos, conforme disposição do artigo 1.829, inciso IV, do atual Código Civil<sup>67</sup>; no entanto, tais agentes não se configuram como herdeiros necessários e, portanto, o autor da herança pode excluí-los da sucessão, dispondo de todo o seu patrimônio por testamento, sem os contemplar, uma vez herdeiros facultativos a estes não prevalecem a reserva de legítima. O artigo 1.850 do Código Civil em vigência normatiza que “para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

Por derradeiro, conforme disposição contida no artigo 1.829, inciso III, do Código Civil vigente, e conforme entendimento jurisprudencial, o cônjuge precede os colaterais<sup>68</sup>, independente do regime de bens, uma vez que ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, e apenas na inexistência deste serão chamados a concorrer à herança os colaterais até o quarto grau.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: [...] IV- aos colaterais.

<sup>68</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 7ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº. 1.0210.03.008786-5/001 - Relator: Desembargador Belizário de Lacerda - J. 04/11/2003 Ementa: Herança - Colaterais - Cônjuge sobrevivente - Preferência na *ordo succedendi*: concorrendo em inventário colaterais de terceiro grau com cônjuge sobrevivente, é a esse e não àquele que deve ser deferida a herança, segundo a atual ordem sucessória prevista nos arts. 1.829, III, c/c o 1.838, todos do CC. Votação: por unanimidade, negaram provimento ao recurso - Publicado em 19/12/2003.

<sup>69</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 6ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0625.02.020322-4/001 - São João Del-Rey/MG - Relator: Desembargador Batista Franco; J.23/8/2005; V.U. Ementa: Apelação Cível - Ação de anulação à adjudicação - Adjudicação dos bens ao cônjuge supérstite - Exclusão de colateral - Ordem de vocação hereditária observada, segundo o art. 1.603, do Código Civil/1916, e art. 1.829 do Código Civil/2002 - Irrelevância do regime de bens - Ausência de previsão legal - Sentença

### 3 O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Baseando-se a introdução do presente capítulo nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua, entende-se que, em 1899 (ano da publicação de sua obra), já se defendia a categoria de herdeiro para o cônjuge como uma posição mais benéfica, opinando-se que entre marido e mulher não existe parentesco que sirva de base a um direito hereditário recíproco, mas que entre eles existe um elo mais forte, unindo-os em sociedade mais íntima pela comunhão de afetos, de interesses, de esforços, de preocupações, em vista da prole, não podendo se recusar a necessidade de lhes ser garantido um direito sucessório somente equiparável aos dos filhos e aos dos pais.<sup>70</sup>

Vale aqui reproduzir fielmente o posicionamento do referido doutrinador, a saber:

E, lembrando que a fortuna do marido encontra na sabia economia da mulher um poderoso elemento de conservação e desenvolvimento; que é, muitas vezes, para cercar uma esposa amada, de conforto e de gozos, que o homem luta e vence no conflito vital; e ainda, que a equidade seria gravemente golpeada em muitas circunstâncias, si o cônjuge fosse preferido por um parente longínquo; os legisladores modernos têm procurado reagir contra o systema illogico e injusto da exclusão total ou quase total do cônjuge sobrevivente em face da herança do cônjuge premorto.<sup>71</sup>

O que anteriormente almejava hoje se tornou uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que agora existe uma proteção mais benéfica ao cônjuge

---

reformada: 1 - À inteligência do art. 1.603, do Código Civil/1916, a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes; II - aos ascendentes; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais; V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União, artigo correspondente ao 1.829, do Código Civil/2002, o qual não inovou a ordem de vocação hereditária, mantendo o cônjuge sobrevivente em terceiro lugar, antes dos colaterais. 2 - Desta forma, infere-se, então, que é a cônjuge sobrevivente a contemplada, na ordem de vocação hereditária, conforme disposto nos artigos supratranscritos, sendo irrelevante o regime de bens, vez que a lei não faz qualquer distinção nesse sentido. 3 - Preliminar rejeitada; recurso a que se dá provimento. (2468/426-M, de 24/04/2006). Disponível em: <www.tjmg.gov.br.BAASP>. Acesso em: 26 dez. 2007.

<sup>70</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899. p.20.

<sup>71</sup> Ibidem. p.20.

sobrevivo, respeitando-se a igualdade de direitos entre homens e mulheres, e considerando-se a família como laço que envolve a estrutura e a espiritualidade da existência humana.

No Código Civil brasileiro de 1916 (artigo 1.603, incisos I a V), a ordem de vocação hereditária era determinada designando-se à sucessão legítima na seguinte ordem: a) os descendentes; b) os ascendentes; c) o cônjuge sobrevivente; d) os colaterais; e e) os municípios, Distrito Federal ou a União. Dessa forma, apenas uma classe era chamada na falta de representantes da classe precedente, sendo que, se não houvessem descendentes, somente os ascendentes eram chamados a herdar.

Durante a vigência daquele Código, o cônjuge sobrevivente não herdava se houvessem representantes das classes precedentes à sua; assumia apenas a qualidade de “meeiro”, que nada tem a ver com o direito sucessório. O que lhe pertencia era apenas o direito de divisão do patrimônio adquirido durante a sociedade conjugal (denominada “meação”) nos regimes de comunhão universal e parcial de bens; portanto, sua condição de herdeiro somente era somada a de “meeiro” se não houvessem descendentes ou ascendentes do *de cuius*. Ressalte-se aqui sua condição sucessória, quando das hipóteses de usufruto e direito real de habitação, conforme previsão do artigo 1.611, parágrafos 1º e 2º daquela norma legal já revogada.

Assim tem-se que o cônjuge não era herdeiro necessário na ordem de vocação hereditária, mas facultativo, o que possibilitava ao *de cuius*, na ausência de herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), deixar a totalidade de seus bens para qualquer pessoa, pois a lei não reservava a parte do cônjuge supérstite, como fazia em relação aos herdeiros necessários.

A alteração relativamente recente veio modificar a situação do cônjuge sobrevivente, dando-lhe lugar de destaque na ordem de vocação hereditária na qualidade de herdeiro necessário, conforme preceituam os artigos 1.829 e 1.845 do Código Civil vigente, prevendo este último artigo que “são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Promovendo a devida continuidade ao tema em tela, nada mais eficaz do que buscar auxílio em Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, entendendo tais autores que, enquanto no regime anterior o cônjuge sobrevivente, na qualidade de herdeiro facultativo, poderia ser afastado da sucessão, por exemplo, pela disposição testamentária a favor de terceiros ou pela destinação da cota disponível ao pagamento de dívidas deixadas pelo *de cuius*, atualmente de forma bem coerente o cônjuge sobrevivente é elevado à categoria de herdeiro necessário, e desta forma, o testador não poderá excluí-lo da sucessão por disposição testamentária.<sup>72</sup>

Assim, ainda que o *de cuius* comprometa toda sua cota disponível, o cônjuge sobrevivente tem direito a sua cota na legítima, mas a referida inovação merece maior atenção, uma vez que o legislador, ao inserir o cônjuge como herdeiro necessário, trouxe mais uma novidade ao consagrar o instituto da concorrência, impondo limitações no que tange aos regimes de bens que podem levar a exclusão do cônjuge ao direito de concorrer à herança.

Outra questão que merece destaque, quando se analisa o disposto do artigo 1.832 do Código Civil vigente<sup>73</sup>, diz respeito ao cônjuge sobrevivo concorrer com filhos exclusivos do falecido, recebendo quinhão igual ao destes; porém, se os

---

<sup>72</sup> DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Novo código civil**. São Paulo: Método, 2003. p.447.

<sup>73</sup> Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

descendentes com quem concorrer forem filhos em comum, não poderá herdar menos que a quarta parte da herança. Tal situação gera conflitos, principalmente quando ocorrer a hipótese do cônjuge concorrer na herança com descendentes comuns e exclusivos, de formas concomitantes, para a qual o referido Código não apresentou solução, situação que será analisada no item 3.1.3 do capítulo 3.

Cumprе destacar, ainda, que a nova posição sucessória do cônjuge tem semelhança com o Direito Português que, desde 1977, alterou a posição jurídico-sucessória do cônjuge sobrevivivo. Este Direito, segundo José Antonio de França Pitão, quando da reforma de seu Código Civil, apresentou duas inovações em relação ao cônjuge, destacando o autor que:

O cônjuge sobrevivivo é hoje herdeiro (ao lado dos descendentes e dos ascendentes – artigo 2157º. do Código Civil); por outro lado, está enquadrado na primeira classe de sucessíveis do nº 1 do artigo 2133º. (que se refere à sucessão legítima), ao lado dos descendentes, ou na segunda classe, ao lado dos ascendentes, podendo ainda ser chamado à totalidade da herança, na falta (ou incapacidade sucessória) de descendentes e ascendentes.<sup>74</sup>

No entanto, esta sistemática é diferente do Direito brasileiro quanto às restrições ao direito sucessório do cônjuge, pois, naquele, ainda de acordo com o mesmo autor, o cônjuge sobrevivivo perderá todos os direitos sucessórios:

[...] se à data da morte do autor da sucessão encontrar-se divorciado, ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785. (artigo 2133º, nº 3).<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> PITÃO, José Antonio de França. **A posição do cônjuge sobrevivivo no actual direito sucessório português**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.p.32.

<sup>75</sup> Ibidem. p.32.

No Brasil, o artigo 1830 do Código Civil em vigor preceitua como restrição ao direito sucessório, que “somente é conferido 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, nesse caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”. Nesse sentido, a disposição pátria é diferente do Direito Português, pois aqui o legislador confere a possibilidade de direito sucessório ao cônjuge separado de fato e envolve a questão da culpa na separação, situação esta difícil de ser apurada.

Em relação à concorrência do cônjuge com os descendentes, também existem semelhanças com o Direito português. Ainda utilizando-se como base os conhecimentos detidos por José Antonio de França Pitão, entende-se que o Código Civil daquele país dispõe que, “no caso de concurso entre cônjuge e descendentes (hipótese da al. a) do nº 1 do artigo 2133º), a partilha faz-se por cabeça, de acordo com o princípio geral do artigo 2136º. Porém, a lei, excepcionando este princípio, diz que o cônjuge nunca pode receber um quanto inferior a uma quarta parte da herança (art. 2139º, nº 1, 2ª parte)”.<sup>76</sup>

O legislador português nada prevê sobre a possibilidade de filiação híbrida; a distribuição é feita por cabeça, dividindo-se a herança por igual, não importando se os filhos são comuns ou não ao cônjuge sobrevivente, mas sempre com atribuição ao cônjuge de quota não inferior a uma quarta parte da herança; esta situação também difere da legislação brasileira, considerando-se que o artigo 1.832 do atual Código Civil dispõe que, “em concorrência com os descendentes (artigo 1.829, II) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, não podendo a sua quota

---

<sup>76</sup> PITÃO, José Antonio de França. op. cit. p.39.

ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer”.

Dessa forma, no direito pátrio fica evidente que, sendo determinado que o cônjuge não pode receber quota inferior à quarta parte da herança, em concorrência com descendentes comuns, haverá diferenciação na distribuição das quotas hereditárias, quando da existência de descendentes comuns e exclusivos, situação comumente encontrada no Brasil.

Também é importante frisar que no Direito brasileiro, conforme disposto no artigo 2.041 do atual Código Civil<sup>77</sup>, os direitos sucessórios regulados por este Código são somente os que decorrerem de sucessão aberta após sua vigência. A própria jurisprudência<sup>78</sup> contribui para um melhor entendimento da questão.

Diante do exposto, fica de fácil absorção que os inventários abertos anteriormente, ou mesmo depois, mas relativos a óbitos ocorridos em tempo pretérito, sujeitam-se à ordem de chamamento à herança prevista no Código Civil de 1916 (artigo 1.603).<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Art. 2.041. As disposições deste Código relativas à ordem da 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 3.071, de 1º de Janeiro de 1916).

<sup>78</sup> Decisão sobre o direito intertemporal relativo a legado: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 7ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 70008701724 - Porto Alegre/RS - Relator: Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis - J. 26/5/2004; V.U. Ementa: Lei da data do óbito - Cônjuge agora também herdeiro necessário - Legado - Cálculo: os falecimentos ocorridos na vigência do atual Código Civil são regulados pelas regras novidadeiras, tendo o cônjuge sobrevivente direito à legítima, como herdeiro necessário. Todavia, deve-se atentar ao momento da lavratura do instrumento, quando o testador, seu herdeiro necessário, podia dispor livremente de seu acervo. Não se forma, pois, sucessão legítima, mas somente testamentária, com a instituição dos herdeiros. Respeitada a vontade do testador, a partilha e tributos devem observar o que ali foi determinado. Agravo provido, para desconstituir a decisão. (2468/428-M, de 24/04/2006. Sucessão). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>. BAASP>. Acesso em 26 dez. 2007.

<sup>79</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.82.

### 3.1 Sobre a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente

A alteração da ordem de vocação hereditária, com a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro um novo critério de divisão ou partilha da herança, que se dá por meio da “concorrência sucessória” entre descendentes ou ascendentes e o cônjuge.

Esta “concorrência sucessória”, que decorre de lei, somente é aplicada à sucessão legítima, onde o “concorrente” é sempre o cônjuge sobrevivente, considerando de forma presumida ser esta a última vontade do autor da herança.

Na busca de contribuição para um melhor entendimento do assunto é possível obter guarida em Águida Arruda Barbosa e Giselle Câmara Groeninga, considerando-se que os dispositivos legais inseridos pelo Código Civil vigente, especificamente ao tratar da concorrência sucessória, devem, num primeiro momento, recuperar a origem dos mecanismos de planejamento sucessório praticados na segunda metade do Século XX por cônjuges que tinham o propósito de amparar melhor aquele que viesse a ser supérstite; em decorrência da viuvez nos pioneiros mecanismos de planejamento sucessório, os cônjuges faziam testamentos recíprocos, atribuindo-se mutuamente a parte disponível, de modo que, com o falecimento de um, ficava assegurado ao outro 75% do patrimônio comum, ou seja, a soma da meação e da herança, uma vez que era o máximo permitido pela Lei vigente à época, desde que houvessem herdeiros necessários.<sup>80</sup>

Considerando-se a sistemática atual, entende-se que a concorrência sucessória dará lugar ao chamamento, na mesma ordem de vocação hereditária, de

---

<sup>80</sup> BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle Câmara, A concorrência Sucessória e a ampliação dos conflitos familiares. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. p.163.



dois ou mais grupos sucessíveis. Anteriormente ao Código Civil vigente, a concorrência poderia ser identificada, quando existia, em decorrência de uma única abertura da sucessão: o chamamento para a sucessão legítima e a testamentária. Sobre o assunto, Gustavo Ferraz de Campos Mônaco explica com propriedade que:

A única concorrência admitida no sistema jurídico anterior, portanto, era aquela decorrente da possibilidade aberta pelo ordenamento, no sentido de se vivenciar duas forma distintas de relação sucessória, ou seja, a possibilidade de que, ao lado da sucessão testamentária, decorrente da última vontade do *de cuius*, se operasse, também, a sucessão legítima, que abarcaria a transmissão de parte do patrimônio aos herdeiros necessários, ou - ainda que estes inexistissem - a parte do patrimônio disponível eventualmente não contemplada pelo testamento.<sup>81</sup>

No entanto, para que ocorra a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente, a Lei Civil impõe certos limites ou restrições. Como primeira restrição à concorrência sucessória encontra-se a observação quanto ao regime de bens; o cônjuge sobrevivente somente “herda” se casado no regime de comunhão parcial de bens quando o *de cuius* que possuir bens particulares, ou seja, aqueles adquiridos anteriormente ao casamento, que não fazem parte do acervo do casal, denominada meação.

O assunto foi tema do Enunciado nº 270, na “III Jornada de Direito Civil” promovida pelo CJF - Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, determinando que:

Art. 1.829: o art. 1.829, I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou da participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em

---

<sup>81</sup> MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência sucessória e conflito de leis. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. p.173.

que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) e serem partilhados exclusivamente entre os descendentes.<sup>82</sup>

Nesse sentido, o IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família sugeriu a apresentação de um Projeto de Lei com a finalidade de alterar dispositivos do atual Código Civil, dispondo sobre a igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros, reapresentado à Câmara Federal pelo deputado Antonio Carlos Biscaia, por meio do Projeto nº 4.944/2005.<sup>83</sup>

Notadamente sobre o parágrafo único do artigo 1.829 do atual Código Civil, o Projeto em tela pretende acabar com a dúvida acerca de quais regimes de bens admitem a incidência do instituto da concorrência; também ambiciona a determinação de que a concorrência se aplique quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos ou sub-rogados.<sup>84</sup> Isso, obviamente, corresponde com a sugestão do enunciado supracitado.

Considerando que existem bens particulares nos demais regimes, e não exclusivamente no regime de comunhão parcial de bens, a redação defendida pelo Enunciado supracitado, bem como, pelo projeto de Lei apresentado pelo IBDFAM, asseguram a concorrência sucessória com maior equidade, o que será melhor analisado num capítulo próprio, quando se estuda cada regime de bens existente no ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>82</sup> Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br/publicações>>. Acesso em 16 mai. 2007.

<sup>83</sup> Tramita, ainda, pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 507/2007, de autoria do deputado Sérgio Barradas Carneiro, que pretende alterar os artigos 1.829, 1.830, 1.831, 1.837, 1.838, 1.839, 1.845 e 2.003 do Código Civil em vigência. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposições>>. Acesso em 10 dez. 2007.

<sup>84</sup> Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/projetos>>; e <<http://www2.camara.gov.br/proposições>>. Acessos em 16 mai. 2007.

No entanto, a contemplação do cônjuge como herdeiro necessário é criticada por Euclides Benedito de Oliveira, muito embora apresente soluções sobre a inovação, que serão demonstradas no decorrer do estudo. Sustenta o autor que não se justifica a excessiva contemplação do companheiro no que tange a sua inclusão no rol de herdeiros necessários. Na maioria dos casos, celebra-se o casamento pelo regime de comunhão parcial, que independe de pacto. Logo, o cônjuge terá direito à metade dos bens havidos a título oneroso durante a convivência, não parecendo razoável que ainda se habilite necessariamente a concorrer com os descendentes na herança dos bens particulares ou com os ascendentes sobre a totalidade dos bens da herança.<sup>85</sup>

Seguindo a contribuição do autor retro citado, percebe-se que sua crítica apresenta continuidade, pois avalia os regimes de bens na sucessão do cônjuge sustentando que, caso a opção tenha sido pelo regime de comunhão universal de bens, os direitos de meação do cônjuge serão ainda mais amplos, de modo a dispensar a obrigatória concorrência na sucessão; se o regime escolhido foi o da separação convencional de bens, era porque os cônjuges pretendiam manter incomunicáveis os patrimônios de cada um, não se justificando, portanto, que por ocasião da morte de um deles, o outro fique obrigatoriamente como sucessor, seja como concorrente (com descendentes e ascendentes) ou universal (na falta daqueles herdeiros). Defende que o Código Civil vigente poderia ter previsto a concorrência sucessória do cônjuge, assim como a posição de terceiro na ordem de vocação hereditária, mas sem que esteja, o cônjuge, protegido às inteiras pela couraça de herdeiro necessário.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**. São Paulo: Saraiva, 2005a., p.93.

<sup>86</sup> *Ibidem*. p.93.

Sem desconsiderar o peso de tal posicionamento, destaque-se que no decorrer deste estudo é analisada a possibilidade de existência de bens particulares, inclusive no regime de comunhão de bens, bem como o entendimento jurisprudencial que justifica a procedência do deferimento sucessório aos casados pelo regime de separação convencional de bens. Dessa forma, para que seja deferido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, mister se faz que permaneça como herdeiro necessário; caso contrário, o autor da herança poderá dispor da totalidade do seu disponível em testamento e, assim, deixar de contemplá-lo; isso tornaria inócua a inovação apresentada pelo legislador, consoante artigo 1.829 do Código Civil em vigência.

Não obstante, o reconhecimento da concorrência sucessória ao cônjuge não é absoluta, posto que somente lhe é permitida se, ao tempo da abertura da sucessão, não estava separado judicialmente (ou de fato) do falecido por mais de dois anos, salvo se provar que a separação não decorreu de sua culpa.

Contudo, convém estudar separadamente as referidas restrições à concorrência sucessória do cônjuge, o que será feito no próximo tópico.

### **3.1.1 Restrições à concorrência sucessória do cônjuge**

Num primeiro momento, torna-se relevante expor que a concorrência sucessória nem sempre ocorrerá, mesmo existindo cônjuge e descendentes, considerando-se que, havendo cônjuge e descendentes quando ocorrer o óbito, deve-se primeiramente verificar se existe a possibilidade de concorrência, ou seja,

se o regime de bens matrimonial corresponde ao exigido pelo artigo 1.829 do atual Código Civil e, ainda, se há bens particulares a serem partilhados.

A ressalva apresentada pelo inciso I do artigo retro citado estabelece casos de inexistência de concorrência com descendentes, quando o cônjuge sobrevivente é casado sob o regime de comunhão universal de bens. Também não haverá se o regime adotado era o de separação obrigatória de bens.<sup>87</sup>

Antes de qualquer reconhecimento sucessório ao cônjuge sobrevivente é preciso observar se este possui capacidade ou legitimação, visto que o artigo 1.830 do Código Civil vigente dispõe sobre a questão, determinando que “somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova neste caso, de que esta convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Quando da abertura da sucessão, outro fator a ser observado, conforme a disposição do artigo 1.787 da mesma norma legal<sup>88</sup>, diz respeito à necessidade de se verificar, pela data do óbito, se prevalece a lei vigente ou a anterior; o benefício sucessório do cônjuge, disposto pelo Código Civil, somente lhe é deferido quando da sucessão aberta após sua vigência.

Na expectativa de fornecer informações baseadas em agentes que estudam o Direito com criticidade, é possível colher importantes subsídios em Eduardo de Oliveira Leite, ao comentar os motivos das exceções à concorrência do cônjuge, notadamente ao regime de bens, considerando-se que a alteração se deu em detrimento da mudança do regime de bens; atualmente, na falta de pacto

---

<sup>87</sup> Cf. ARAÚJO, Ricardo Augusto de O. Xavier. O Direito das Sucessões no Novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil & Processual Civil**. Porto Alegre, RS: Síntese, jul.-ago. 2003. p.139.

antenupcial, prevalece o regime de comunhão parcial de bens. Na falta de pacto antenupcial, o regime anterior à Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), era o da comunhão de bens, no qual cada cônjuge é meeiro da totalidade dos bens (exclusivos e particulares), sem distinção, não havendo razão alguma para ser herdeiro. Entretanto, desde o momento em que se passou do regime de comunhão universal para o da comunhão parcial de bens, a situação alterou-se completamente, pois seria injusto que o cônjuge participasse somente daquilo considerado produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio a ser objeto da sucessão.<sup>89</sup>

Diante do exposto, apreende-se que o cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens antes da vigência do atual Código Civil, que estabelece a possibilidade da concorrência sucessória sobre os bens particulares do autor da herança, encontrava-se desamparado caso não houvesse bens comuns a partilhar, um dos motivos da referida alteração.

Referidas exceções são mais evidentes quando da concorrência com descendentes, o que será analisado a seguir.

### **3.1.2 Sobre a concorrência com descendentes**

De acordo com o que dispõe o artigo 1.832 do Código Civil em vigência, observa-se que caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederam por cabeça, quando da concorrência com os descendentes, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Esta concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes está subordinada ao

---

<sup>88</sup> Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura da adequada.

<sup>89</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. op. cit., 2003b. p.447.

regime de bens matrimonial, atuando como condicionante do direito sucessório.

Buscando auxílio em Mauro Antonini, é perceptível que o artigo retro citado disciplina a proporção da concorrência entre cônjuge e descendentes, prevista no artigo 1.829, inciso I, do atual Código Civil. Se o objetivo for compreender o alcance dessa disciplina, é fundamental recordar que, em regra, o cônjuge concorre com os descendentes somente nos bens particulares (não nos comuns), pois em relação a estes já está protegido pela meação. Para o cálculo previsto no artigo 1.832, portanto, é preciso separar bens particulares e comuns. Neste artigo, a referência à herança deve ser compreendida, por conseguinte, como os bens particulares, objeto da concorrência, excluídos os comuns.<sup>90</sup>

Outro aspecto complexo é sobre o cálculo do quinhão do cônjuge, conforme a origem dos descendentes com os quais esteja concorrendo, o que permite compreender, utilizando-se o conhecimento acumulado de Euclides Benedito de Oliveira, que concorrendo o cônjuge sobrevivente com descendentes comuns ou exclusivos, depara-se com séria dificuldade de interpretação, em função da complexa e confusa redação do artigo 1.829 (e seus incisos) do Código Civil em vigências.<sup>91</sup>

A referida determinação legal acarreta controvérsias, pois é comum encontrar na sociedade brasileira a existência de descendentes comuns e exclusivos, por envolverem casos de famílias constituídas por pessoas que já mantiveram outros relacionamentos, (seja por casamento ou não), dos quais resultaram filhos. Para essa situação, o legislador não apresentou solução, ficando uma lacuna à mercê de interpretação doutrinária e jurisprudencial, destacadas no item 3.1.3.

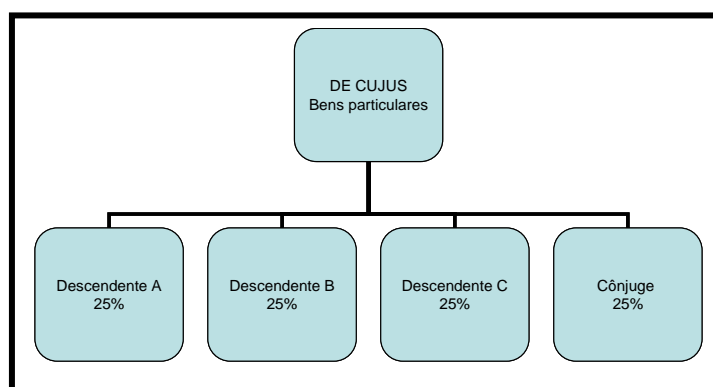
---

<sup>90</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**. Barueri, SP: Manole, 2007. p.1828.

<sup>91</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.101.

Ainda subsidiando-se no doutrinador retro citado, fica de fácil absorção que a concorrência sucessória entre cônjuge sobrevivente e descendentes permite ao primeiro receber uma cota igual à dos descendentes que sucederem por cabeça. A título de ilustração, compreende-se que, se são três os filhos, parte da herança objeto da concorrência é dividida em quatro partes iguais, atribuindo-se uma cota a cada um dos filhos e uma ao cônjuge. Se os filhos são comuns do autor da herança e do cônjuge sobrevivente, este último tem assegurado um quarto da parte da herança em relação à qual há concorrência.<sup>92</sup>

Como exemplo da referida ilustração, a autora do presente trabalho desenvolveu organograma explicativo, a saber:

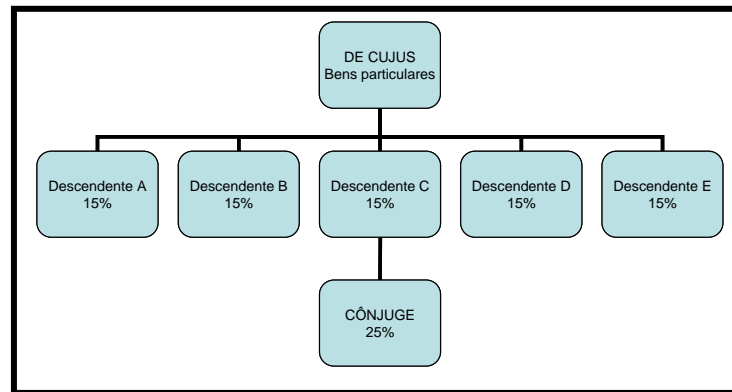


Outro exemplo ilustrativo, com base nos ensinamentos de Euclides Benedito de Oliveira<sup>93</sup>, diz respeito ao caso que envolve cinco filhos comuns, no qual o cônjuge terá direito a 25% (ou um quarto) dessa parte da herança e os 75% restantes serão divididos entre os cinco filhos, resultando em 15% a cada um, como mostra o organograma produzido pela autora:

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.81.

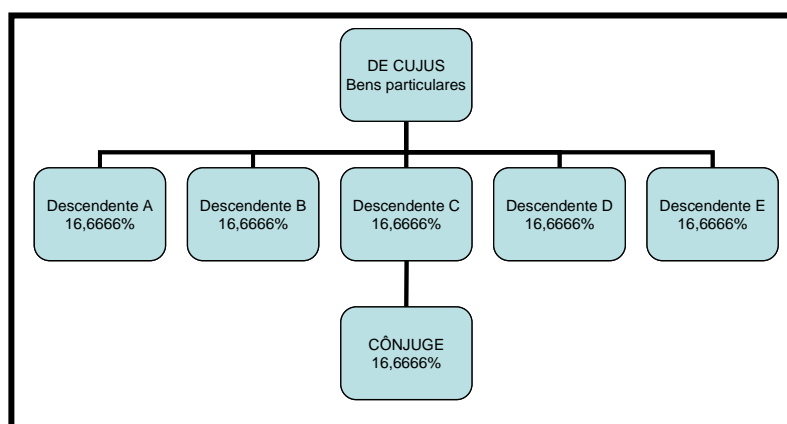
<sup>93</sup> Ibidem.p.81.





Embora essa seja a lógica imposta pela redação do artigo 1.829 (e seus incisos), verifica-se que a questão gera desigualdade de quinhões quando o cônjuge concorrer com quatro filhos comuns ou mais, uma vez que estes perdem uma parte da herança em favor do cônjuge sobrevivente.

A *contrario sensu*, considerando-se ainda o autor retro citado<sup>94</sup>, se os descendentes são exclusivos do *de cujus*, o cônjuge não tem direito a quarta parte. No mesmo exemplo de cinco filhos, todos exclusivos do falecido, a divisão será seis partes, uma delas correspondente ao cônjuge, conforme se observa no seguinte organograma:



<sup>94</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.81.

A reserva da quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente, em concorrência com os descendentes comuns, bem como a hipótese de concorrência concomitante do cônjuge com descendentes comuns e exclusivos será mais bem analisada no próximo tópico.

### 3.1.3 Sobre a reserva da quarta parte da herança em benefício do cônjuge na concorrência sucessória com os descendentes comuns

A questão que envolve maior confusão doutrinária é aquela que ocorrem casos de filiação híbrida, ou seja, quando há filhos comuns e exclusivos. Nesta situação, a lei não apresentou solução ao saber se prevalece ou não reserva da quarta parte dos bens ao cônjuge sobrevivivo.

Porém, antes mesmo de uma intervenção crítica, salutar se torna buscar auxílio em Carlos Roberto Gonçalves, considerando-se que a reserva da quarta parte da herança diz respeito à herança possível do cônjuge e não à totalidade da herança, ou melhor, a reserva deve ser feita apenas sobre os bens particulares, excluindo-se a meação.<sup>95</sup>

Também é possível colher concepções a respeito do assunto em Euclides Benedito de Oliveira para se entender que os herdeiros filhos, embora situados no mesmo grau de parentesco, receberão valores diversos, numa conseqüência de trato sucessório que afronta o Princípio da Igualdade, consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988 (artigo 227, §6º) e, também, previsto no atual Código Civil (artigo 1.832).<sup>96</sup>

Porém, quando da análise do artigo 1.832 do Código Civil vigente, fica evidente que a intenção do legislador foi dar um tratamento preferencial ao cônjuge sobrevivivo quando da concorrência com os descendentes comuns, motivo pelo qual lhe foi reservado, como mínimo legal, a quarta parte da herança e a Lei prevê qual reserva desta parte deverá ser observada: somente quando os descendentes forem comuns; havendo descendentes apenas do *de cuius*, a reserva não prevalece. Com

---

<sup>95</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.156.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.114.

essa imprecisão gerada não intencionalmente pelo legislador, resta estudar se a reserva da quarta parte da herança prevalece quando existirem concomitantemente filhos comuns e filhos exclusivos, o que se pode chamar de filiação híbrida.

Os doutrinadores têm vislumbrado soluções das mais diversas para o caso em tela. Pesquisando Sílvio de Salvo Venosa, por exemplo, entende que se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos herdeiros descendentes, sempre lhe fica assegurada a quarta parte da herança; se tal agente concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do *de cuius*, há que se entender que se aplica minimamente a garantia da quarta parte.<sup>97</sup>

Outra corrente de pensamento, concebida por Carlos Roberto Gonçalves, leva a concluir que a solução mais justa quando da hipótese de filiação híbrida seria distribuir de forma igualitária a herança sobre os bens particulares, sem reserva de um quarto da herança em benefício ao cônjuge sobrevivente, recebendo este única e exclusivamente o quinhão igual aos demais descendentes.<sup>98</sup>

Essa concepção também é dividida com Arnaldo Rizzardo, uma vez que se está diante de uma situação não prevista pelo atual Código Civil brasileiro. No entanto, este autor não afasta a prerrogativa de manter-se a garantia da quarta parte, manifestando-se da seguinte forma sobre o assunto:

Uma exegese seria no sentido de prevalecer o mínimo legal desde que haja um herdeiro descendente. O objetivo assentaria-se na garantia de certa porção ao cônjuge que teve filhos com o falecido. Entrementes, acarretaria um prejuízo aos herdeiros não descendentes do cônjuge, com a redução da quota hereditária, sem vínculo com eles a causa de preservação da quota mínima do cônjuge sobrevivente. Assim, a melhor solução assenta-se na divisão do monte hereditário partilhável pelo número de herdeiros descendentes, com o acréscimo do cônjuge, cabendo a cada um uma quota igual.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., 2003. p.109.

<sup>98</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.157.

<sup>99</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.179.

Em que pese o posicionamento defendido por Silvio de Salvo Venosa, o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves e Arnaldo Rizzardo é no sentido de não prevalecer a reserva da quarta parte quando a concorrência se der entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes, comuns e exclusivos, pelo qual se comunga.

O intuito do legislador foi beneficiar o cônjuge sobrevivente, sem, contudo, causar prejuízos aos filhos. Esse fator é bem visível quando da reserva da quarta parte nos casos de descendentes comuns, pois essa quarta parte poderá futuramente ser revertida aos próprios descendentes. Tal situação não ocorre nas hipóteses da filiação híbrida, o que justifica o entendimento da distribuição igualitária entre cônjuge sobrevivente e descendentes comuns e exclusivos; caso contrário, o legislador certamente haveria de ter previsto.

Esse também é o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme decisão extraída de agravo de instrumento<sup>100</sup>, no qual se determinou que o cônjuge sobrevivente concorresse com as duas filhas descendentes, uma comum e outra apenas do falecido, dividindo-se a herança quanto aos bens particulares do *de cuius* em partes iguais entre a viúva e as herdeiras descendentes, a ser recebido por cabeça, nos termos do artigo 1.835 do Código Civil vigente<sup>101</sup>, na proporção de 1/3 para cada uma das filhas e outro terço para o cônjuge sobrevivente.

O referido acórdão ainda sustenta que não se aplica entretanto, a garantia da quota mínima equivalente à quarta parte da herança (prevista no artigo 1.832 do Código Civil) porque o cônjuge sobrevivente é ascendente de uma das filhas

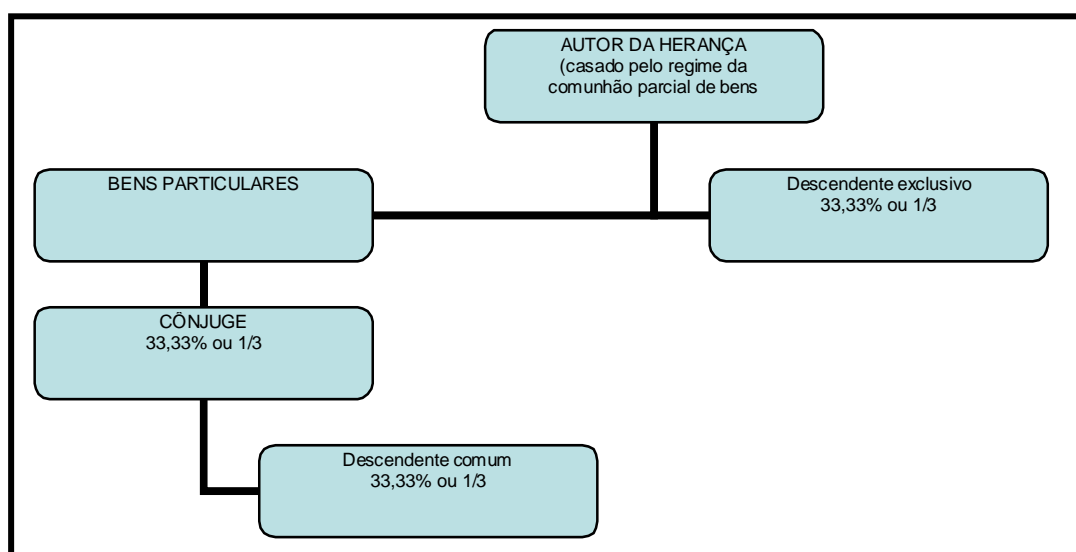
---

<sup>100</sup> Decisão da 9ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento nº 479.172-4/8-00. Relator: Dácio Viviani Nicolau. 03/04/2007.

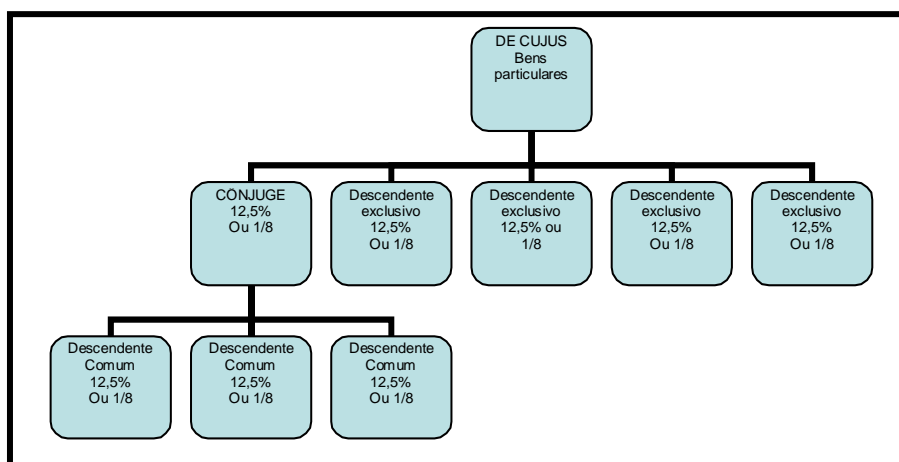
<sup>101</sup> Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.

(herdeiras) com as quais concorre; a decisão interpreta que essa situação não está prevista na norma, em que pese o espírito de proteção ao cônjuge supérstite com os quais marcados os dispositivos a respeito do tema no Código Civil em vigor, pois se o legislador não estabeleceu norma para essa situação é porque não o quis e, como não o fez, não cabe interpretá-la em caráter extensivo. Portanto, a exceção é expressa: apenas na hipótese de o cônjuge sobrevivente ser ascendente do herdeiro com quem concorrer é que terá direito à garantia da sua cota mínima de um quarto (1/4) de herança.

Tendo em vista a decisão supracitada, a autora da presente pesquisa entendeu ser ilustrativo o desenvolvimento de um organograma explicativo da situação, a saber:



Ainda com a intenção de lançar mais luz ao entendimento da partilha, outro organograma foi desenvolvido considerando a possibilidade de existência de três herdeiros comuns e quatro herdeiros exclusivos, a saber:



É de fácil absorção que a solução apresentada pela primeira corrente causaria prejuízos em detrimento dos descendentes comuns; com base em Arnaldo Rizzardo, não se deve pensar que caberia reservar a quota mínima da quarta parte em relação às porções distribuídas aos herdeiros descendentes do cônjuge, retirando deles a porção que faltar para completar aquele mínimo, pois ocorreria o perigo dos mesmos ficarem sem herança.<sup>102</sup>

### 3.1.4 Sobre a concorrência do cônjuge com ascendentes

No que diz respeito à sucessão legítima, o vigente Código Civil brasileiro dispõe, no inciso II de seu artigo 1.829, que se defere em segundo lugar aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; além disso, o artigo 1.836 da mesma norma legal deve ser interpretado de forma a que, na falta de descendentes, são

<sup>102</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.179.

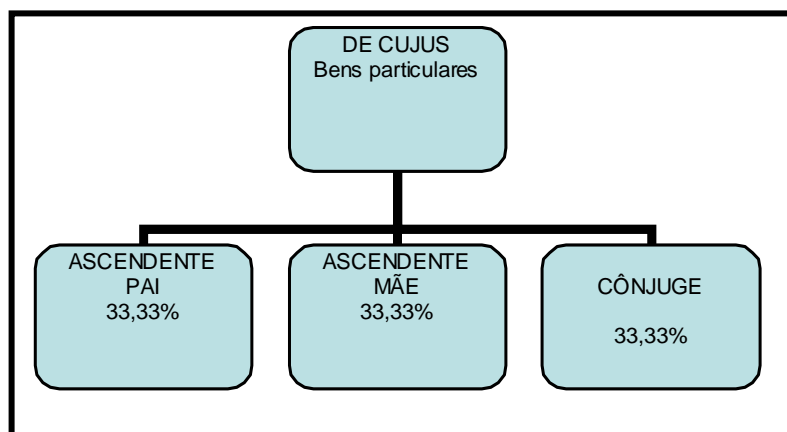
chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

Diferentemente da concorrência do cônjuge com descendentes, os referidos artigos não fazem nenhuma ressalva quanto ao regime de bens, quando da possibilidade de concorrência do cônjuge com os ascendentes, o que leva a crer que, nesta situação, a quota do cônjuge é garantida.<sup>103</sup>

Tal posicionamento leva a entender que, da análise do inciso II do artigo 1.829 do Código Civil vigente é que o cônjuge concorre com os ascendentes em qualquer regime de bens, e sobre todos os bens, comuns ou particulares.

Observando, ainda, o artigo 1.837 da mesma normativa, fica disposto que o cônjuge sobrevivente, concorrendo com ascendente de primeiro grau (pai e mãe do falecido), terá direito a um terço da herança; e metade desta se houver um só ascendente (pai ou mãe do falecido) ou se maior for aquele grau.

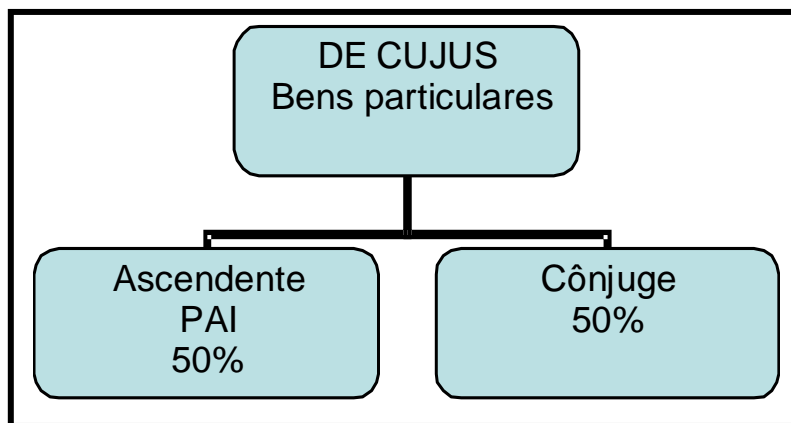
Para ilustrar a questão, observe-se no organograma a seguir um exemplo de partilha considerando-se a existência dos ascendentes (pai e mãe) e o cônjuge sobrevivente:



<sup>103</sup> Cf. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 7ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 700108422284 - Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias - Porto Alegre/RS – 29/05/2004. Ementa: Apelação Cível - Alvará Judicial - Extinção do feito sem julgamento do mérito: falecido o proprietário de arma de fogo, a transferência do bem dar-se-á mediante alvará judicial requerido pelo administrador da herança (art. 67 do Decreto nº 5.123/2004), devendo ser proposto o respectivo inventário. Conquanto o *de cujus* não tivesse filhos, deixou pais vivos, os quais concorrerão com o cônjuge sobrevivente (art. 1.829, II, do CC/2002). Sentença desconstituída. Determinada Emenda da inicial. Deram parcial provimento à apelação. Unânime.



Se a partilha for levada a efeito considerando-se a existência de apenas um ascendente (pai) e o cônjuge sobrevivente, o organograma abaixo pode elucidar a questão:



Caber ressaltar aqui a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde se pretendeu a concorrência sucessória do cônjuge (separado de fato) com os ascendentes, onde restou incontroversa a alegação de que o casal já se encontrava separado de fato há mais de dois anos quando da ocorrência do óbito do autor da herança, bem como que já havia sido ajuizada ação de separação, o que reforçou a exclusão do cônjuge da sucessão.<sup>104</sup>

Nesse caso, uma vez que o processo de separação não ostentava alegação de culpa e o prazo de mais de dois restou caracterizado, o ascendente recolhe a totalidade da herança.

---

<sup>104</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Acórdão da 5ª Câmara Cível - Agravo nº 1.0071.03.012640-4/001. Relatora: Desembargadora Maria Elza. Data julgamento: 11/05/2006. Ementa: Arrolamento - Ordem Sucessória – Concorrência - Ascendente e Cônjuge Sobrevivente - Inteligência Art. 1.830 do Código Civil: a concorrência do cônjuge na sucessão legítima, juntamente com os ascendentes, subordina-se à condição de inexistência de separação judicial ou de fato há mais de 2 (dois) anos, sem culpa do cônjuge supérstite.

### 3.1.5 Da sucessão do cônjuge inexistindo descendentes e ascendentes

Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge sobrevivente receberá a totalidade da herança, conforme dispõe o artigo 1.838 do atual Código Civil; essa normativa também era prevista no artigo 1.611, *caput*, do Código Civil já revogado.

Esse deferimento se dá independentemente do regime de bens adotado no casamento, mesmo que tenha sido o da separação obrigatória ou convencional de bens.<sup>105</sup> Nesse caso, mantém-se intangível o direito hereditário, uma vez que o regime de bens afeta apenas o direito de meação do cônjuge.<sup>106</sup>

Cabe ainda ressaltar que, nessa hipótese, para que o cônjuge venha a receber a totalidade da herança, devem ser apreciados os requisitos do artigo 1.830 do Código Civil em vigência, ou seja, desde que, 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 a convivência se tornara impossível sem culpa sua.

### 3.1.6 Sobre a concorrência do cônjuge com companheiro

Outra possibilidade que pode vir a existir na sucessão é aquela que diz respeito à concorrência entre cônjuge e companheiro. De acordo com o disposto §1º

---

<sup>105</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 4ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 1.0105.03.096604-5/001 - Governador Valadares/MG – Relator: Desembargador Audebert Delage - J. 10/03/2005 - maioria de votos) Disponível em <www.tjmg.gov.br.BAASP>. 2468/426-M, de 24/04/2006. Ementa: Direito de Família - Sucessão - Ausência de Descendentes e Ascendentes - Cônjuge - Herdeiro Contemplado - Art. 1.838 do Código Civil: comprovada a ausência de descendentes e ascendentes, será o cônjuge sobrevivente o herdeiro contemplado, conforme a ordem de vocação hereditária, sendo irrelevante o regime de bens do casamento. Cf. ainda, os seguintes julgados: Apelação Cível n. 139.185-4/7 - TJSP - 3ª Câmara de Direito Privado - Relator: Desembargador Enio Santarelli Zuliani - 03/06/03 - V.U); Agravo de Instrumento n. 364.580-4/6-TJSP - 2ª Câmara de Direito Privado - Relator: Desembargador José Roberto Bedran - 22/02/05. V.U.

<sup>106</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**. São Paulo: Saraiva, 2005a. p.125.

do artigo 1.723 do atual Código Civil, “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521<sup>107</sup>; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

Dessa forma, é possível que, mesmo na separação de fato, mantenha-se uma união estável; isso porque o legislador não fixou prazo para a configuração da união estável. Se falecendo o cônjuge que estava vivendo em união estável, mas, do casamento anterior, estava separado de fato há menos de dois anos, poderá ocorrer dupla partilha da herança.

No caso dos separados de fato, o artigo 1.830 do Código Civil vigente normatiza que “somente é reconhecido o direito sucessório do 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”.

Por outro lado, ocorrendo à união estável, o companheiro também possui o direito de participar da sucessão do falecido, consoante disposição contida no artigo 1.790 do atual Código Civil, normatizando que “a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos, onerosamente na vigência da união estável”.

O artigo 1.790 (incisos I a IV) da norma legal supra citada regula as condições em que o companheiro sobrevivente participará da herança, a saber:

- I - concorrendo com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, ou
- 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 sucessível, terá direito a 1/3 (um terço) da herança e,

---

<sup>107</sup> Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; [...]; VI- as pessoas casadas; [....].

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

Assim, quando da análise das disposições contidas nos artigos 1.830 e 1.790 do Código Civil vigente, conclui-se que cônjuge e companheiro (de fato) poderão ser chamados a dividir a mesma herança. O legislador não trouxe previsão para divisão da quota hereditária a essa situação, encontrando-se entendimentos dos mais diversos na doutrina brasileira.

Uma breve consulta a Mário Luiz Delgado leva a entender que, tendo se iniciado uma união estável durante o período de separação de fato inferior a dois anos, haveria uma aparente antinomia entre o artigos 1.830 e 1.790 (inciso IV) do atual Código Civil.<sup>108</sup>

Baseando-se no mesmo autor, possível se torna o entendimento de que, para a solução dessa antinomia, deve-se concluir pela prevalência, no caso, do disposto no inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil vigente, tido como norma especial em relação ao artigo 1.830 da mesma norma legal, assegurando-se, assim, ao companheiro, a totalidade da herança no tocante a esses bens e excluindo, em consequência, quanto aos mesmos, qualquer direito sucessório do cônjuge.<sup>109</sup>

Em suma, deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável.

---

<sup>108</sup> DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. p.218-219.

<sup>109</sup> *Ibidem*. p.219.

Também é possível buscar uma segunda posição em Mauro Antonini, no sentido de dar interpretação possível a harmonizar o artigo 1.830 com o 1.723 (§1º) do Código Civil em vigor, entendendo-se que é possível permanecer o direito sucessório do cônjuge por dois anos se, nesse prazo, não houver o autor da herança constituído união estável; isso porque, se houver união estável, cessa o direito do cônjuge antes dos dois anos, em função do rompimento do vínculo afetivo, que é o valor fundador do direito familiar e, por extensão, do direito sucessório. A formação de união estável é a demonstração inequívoca da ruptura dos laços afetivos com o cônjuge. Surgindo direito sucessório do companheiro, é incompatível com a subsistência do direito do cônjuge.<sup>110</sup>

No entanto, os posicionamentos apresentados não disponibilizam solução das mais justas, pois muito embora não se encontre base legal para justificar, a solução mais correta seria atribuir ao cônjuge e ao companheiro, quando da possibilidade de concorrerem na mesma sucessão, a divisão em partes iguais.

Uma rápida consulta a Euclides Benedito de Oliveira<sup>111</sup> levará a conclusão de que, se a ambos se garante a herança, consoante os artigos já citados, quando coexistam após a abertura da sucessão do antigo cônjuge ou companheiro, fatalmente haverá de se equilibrar a partilha entre os referidos co-herdeiros, na medida e exata proporção dos quinhões que lhe sejam atribuídos por lei.

Posicionamento contrário pode ser encontrado em Carlos Roberto Gonçalves, entendendo o autor que:

Outras soluções alvitadas, como a divisão salomônica, partilhando-se os bens da herança meio a meio entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, ou a entrega ao companheiro de um terço dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, apresentam o

---

<sup>110</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.827.

<sup>111</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.180.

inconveniente apontado, de assegurar a um dos consortes direito sucessório sobre um bem adquirido pelo esforço comum do outro.<sup>112</sup>

Assim, enquanto as normas não são adequadas pelo legislador, no sentido diminuir o prazo de dois anos aos separados de fato, como será melhor fundamentado no capítulo 7 (item 7.2) do presente trabalho e, ainda, dispor expressamente sobre a possibilidade de concorrência do cônjuge com o companheiro, caberá aos egrégios Tribunais consolidar o entendimento em decisões jurisprudenciais.

---

<sup>112</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.84.

#### 4 INFLUÊNCIAS DOS REGIMES DE BENS NA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

O regime de bens representa efeitos relevantes no atual ordenamento jurídico, principalmente quando se trata do direito sucessório do cônjuge, objeto do estudo desta pesquisa. Na codificação anterior (Código Civil de 1916), apenas era verificado o regime de bens quando da meação e da participação do cônjuge sobrevivente no usufruto e no direito real de habitação sobre os bens deixados pelo autor da herança.

Com base em José Carlos Teixeira Giorgia é possível entender que, na sistemática adotada pelo Código Civil de 1916, a meação era um efeito da comunhão, ao passo que o direito hereditário não dependia do regime de bens; porém, agora nenhuma das afirmações pode ser feita em caráter absoluto, ressaltando-se que, em regra, o cônjuge já tem direito à meação em vida do outro, na vigência da sociedade conjugal, não lhe advindo, portanto, *successionis causa*; e a morte do cônjuge, nos regimes de comunhão, apenas põe termo ao estado de indivisão, permitindo que sejam discriminados e individuados os bens sobre quais incide a metade de cada um.<sup>113</sup>

Atualmente, o regime de bens determina quando o cônjuge recebe a herança, de forma concorrente com descendentes, além do resguardo ao direito de habitação sobre o imóvel que servia de residência do casal.

Uma consulta a Euclides Benedito de Oliveira possibilita entender que, como critério norteador, adotou-se com o Código Civil vigente o fato de o cônjuge ser meeiro, afastando, por este motivo, o seu direito de concorrer na herança com os

---

<sup>113</sup> GIORGIA, José Carlos Teixeira. op. cit. p.94/97.

descendentes quando o casamento for celebrado no regime de comunhão universal de bens ou se, no regime de comunhão parcial, o falecido não deixar bens particulares; a justificativa é a mesma que existia no Código Civil de 1916 (artigo 1.611, §1º), ao dispor sobre usufruto viual do cônjuge na hipótese de o regime de bens não ser o da comunhão universal. No entanto, vale destacar que no ordenamento civil brasileiro existe a possibilidade da liberdade de escolha do regime de bens diverso daquele imposto por lei, embora existam casos em que a norma ainda vigente impõe o regime obrigatório da separação de bens.<sup>114</sup>

Quanto à possibilidade de escolha de regime diverso de bens, existe o artigo 1.639 do Código Civil vigente dispondo que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Essa manifestação de vontade é deferida por meio de escritura pública de pacto antenupcial.

Para a manutenção do bem-estar social, é prudente que haja um regime de bens legal, que vigore dependente ou independentemente de escritura pública de pacto antenupcial, desde que, nesse sentido, as partes manifestem a sua vontade. Débora Gozzo compactua com esta idéia sustentando que é o Estado quem, mais uma vez, interfere na esfera jurídica do particular a fim de lhe resguardar poderes e deveres. Porém, torna-se inafastável o exercício de um direito subjetivo pelos nubentes de estabelecer, por pacto antenupcial, o regime que quiserem, inclusive diverso daqueles existentes na normatização do país, desde que não se infrinja norma de ordem cogente.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.94.

<sup>115</sup> GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p.2.



Nesse sentido, deve seguir-se a orientação do artigo 1.655 do atual Código Civil, determinando que a liberdade de escolha de um regime de bens por intermédio do pacto antenupcial não deverá contrariar disposição absoluta de lei, sob pena de nulidade.

Sobre a infração de tal artigo (1.655) é possível colher subsídios em José Antonio Encinas Manfré, entendendo-se que serão nulas as cláusulas (não o pacto) de seguinte conformação: a) que dispensem os cônjuges dos deveres do casamento; b) que privem a mãe do poder familiar ou, submissa ao marido, de assumir a direção da família; c) que alterem a ordem de vocação hereditária; d) que ajustem a comunhão de bens, quando, por força de lei, o casamento somente se poderia realizar sob o regime de separação; e) que estabeleçam poder ao marido de vender imóveis sem outorga uxória.<sup>116</sup>

Nesse sentido, ocorrendo nulidade de cláusula, prevalece o regime de comunhão parcial de bens, assim como ao silêncio dos nubentes. Essa é a determinação do artigo 1.640 do atual Código Civil, dispondo que “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Contudo, vale ressaltar a inovação instituída pela mesma norma legal no que tange aos regimes de bens; trata-se da possibilidade de sua alteração no curso do casamento, introduzida pelo artigo 1.639, §2º<sup>117</sup>, que revogou o artigo 230<sup>118</sup> do Código Civil de 1916, que tratava da irrevogabilidade do regime de bens.

---

<sup>116</sup> MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.30.

<sup>117</sup> É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

<sup>118</sup> Art. 230. O regime dos bens entre cônjuge começa a vigorar desde a data do casamento e é irrevogável.

Uma observação mais atenta a Rolf Madaleno permite acreditar na viabilidade de se afirmar que a mudança judicial do regime de bens não comporta a via unilateral, compulsória, alcançada em processo litigioso que tenta vencer a resistência do cônjuge demandado, eis que o §2º do artigo supracitado (1.639) exige pedido formulado por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.<sup>119</sup>

Ressalte-se, porém, que tal dispositivo não é aplicado apenas aos casamentos realizados a partir da vigência do atual Código Civil, mas também àqueles anteriormente entabulados, conforme essência da própria jurisprudência nacional.<sup>120</sup>

Nesse sentido, também é salutar conferir o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, sustentando ser certo que o artigo 2.039 do Código Civil vigente determina que o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é por ele estabelecido, não se podendo extrair de tal dispositivo, no entanto, vedação à alteração do regime para os casamentos celebrados anteriormente à vigência do Código atual, pois, se assim pretendesse, o legislador o teria referido, fazendo constar que o regime de bens continuaria imutável para os que nessa situação se enquadrassem, o que incorreu. O referido acórdão ainda sustenta que o artigo mencionado visa, na verdade, garantir que os regimes anteriores continuem a ser resguardados pela legislação anterior e devidamente

---

<sup>119</sup> MADALENO, Rolf. Do Regime de Bens entre os Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002. p.176: o mesmo autor sustenta que a lei concubinária já vinha permitindo a mudança do regime de bens mesmo na constância da união estável.

<sup>120</sup> Superior Tribunal de Justiça - 4ª Turma - Recurso Especial nº 730.546-MG - Relator: Ministro Jorge Scatezzini - J.23.08.2005 - votação: por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso. Ementa do Coordenador: Regime de Bens - Alteração - Casamento celebrado anteriormente à vigência do atual Código Civil - Admissibilidade - Inteligência dos arts. 1.639, §2º, 2.035 e 2.039 do CC - Recurso provido para esse fim. No mesmo sentido, cf. TJSP - 5ª Câmara de Direito Privado - Afl nº 318.321-4/3-00 – Relator: Desembargador A C Mathias Coltro - J. 27/07/2005.

respeitados, protegendo o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, nada impedindo, todavia, que venham a ser alterados, com base na legislação vigente.<sup>121</sup>

Promovendo-se uma breve análise diante do exposto pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro permite que os nubentes demonstrem a intenção da regulamentação de seu patrimônio por meio de um regime de bens previsto na legislação que melhor lhes satisfaça, quer por pacto antenupcial e, ainda, posteriormente ao casamento, pela alteração do regime de bens, refletindo as regras para uma eventual separação ou nos casos de sucessão.

Assim, uma vez deferida a alteração do regime de bens, vigorará a partir de então e esse novo regime obedecerá aos ditames do Código Civil vigente.<sup>122</sup>

Por outro lado, ao se analisar os regimes de bens seguindo-se a temática objeto do estudo, percebe-se que o legislador, ao estabelecer no atual Código Civil que o cônjuge somente concorrerá na sucessão, quando no regime de comunhão parcial de bens, se houver bens particulares, deixa de observar que nos demais regimes de bens passíveis de serem escolhidos por meio do pacto antenupcial, (comunhão de bens; separação convencional de bens ou da participação final dos aqüestos) é possível encontrar bens particulares, os quais não integram a meação, ou seja, por terem sido adquiridos anteriormente à constância do casamento.

Poderia o legislador ter evitado conflito doutrinário estabelecendo que ao cônjuge fosse deferido o direito sucessório de forma concorrente apenas nos bens

---

<sup>121</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - 5ª Câmara de Direito Privado - AfIn. nº 318.321-4/3-00 - Relator: Desembargador A C Mathias Coltro - J.27/07/2005. Nesse sentido, cf. TJSP - 2ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 374.847.4/3-00 - Relator: Desembargador Boris Kaufmann - J. 26/04/2005; cf. também TJSP - 10ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 320.566-4/0-00 - Relator: Desembargador Márcio Marcondes Machado - J.08/06/2004; cf., ainda, TJSP - 9ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 302.914-4/80 - Relator: Desembargador Antonio Vilenilson - J. 10/05/2005; por fim, cf. no mesmo sentido TJSP - 8ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 337.950.4/2-00 - Relator: Desembargador Álvares Lobo - J.27/04/2005;

<sup>122</sup> CHINELATO, Silmara Juny. **Comentário aos código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.274.

particulares, sem, contudo, especificar quais seriam os regimes de bens, uma vez que somente no regime de separação obrigatória, àquele imposto por lei, ficam excluídos os bens particulares e comuns.

Torna-se aqui interessante lembrar que o IBDFAM elaborou o “Estatuto das Famílias”, por intermédio do Projeto de Lei nº 2285/2007, em trâmite atualmente no Congresso Nacional, que pretende regular e distribuir diferentemente as matérias tratadas no Código Civil, notadamente sobre o casamento, regime de bens e divórcio, entre outros. No tocante ao estudo em comento, este Projeto também pretende suprimir o regime de bens de participação final nos aqüestos e o da separação obrigatória de bens, mantendo-se os demais: comunhão parcial, comunhão universal e separação total.<sup>123</sup>

Para suprir o regime de participação final nos aqüestos tal Projeto justifica que o mesmo não encontra nenhuma raiz na cultura brasileira e transforma os cônjuges em sócios de ganhos futuros (reais ou contábeis), potencializando litígios. No tocante ao regime de separação obrigatória, justifica que a Súmula 377 do STF - Supremo Tribunal Federal o tinha convertido praticamente em regime de comunhão parcial e, assim, pretende-se definir com mais clareza quais os bens ou valores estão excluídos da comunhão parcial, tendo em vista as controvérsias jurisprudenciais e a prática da sonegação de bens, que devem ingressar na comunhão.<sup>124</sup>

Em que pese a pretensão do referido Projeto de Lei, há que se dar prosseguimento, no âmbito do objeto do estudo, promovendo-se uma análise dos

---

<sup>123</sup> IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Estatuto das famílias**. Belo Horizonte, MG: Magister, 2007. p.10.

<sup>124</sup> Idem. p.10.

regimes de bens previstos no ordenamento jurídico vigente e focando-se, em cada um deles, a possibilidade da concorrência sucessória do cônjuge.

#### **4.1 Distinções entre meação e herança**

Para complementação à continuidade do presente trabalho, antes de ser estudada a concorrência sucessória no âmbito de cada regime de bens, cumpre expor a distinção entre meação e herança.

A meação decorre do regime de bens entre os cônjuges e não se confunde com os bens ou parte objeto da sucessão, pertencendo esta ao cônjuge sobrevivente. Destaque-se que a meação do cônjuge não é herança, já que quando ocorre a morte de um dos consortes, desfaz-se a sociedade conjugal. Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem se dividir. Nesse ponto, a meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. No caso da comunhão universal de bens, todo o patrimônio é dividido ao meio. Já, na comunhão de aqüestos (comunhão parcial de bens ou participação final dos aqüestos), dividem-se pela metade os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

Essa tese é defendida por Silvio de Salvo Venosa, considerando-se que, se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento da pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu(ua) esposo(a) faleceu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. O que será inserido na porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não

for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes.<sup>125</sup>

No que concerne à herança, Caio Mario da Silva Pereira a define como o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*; é definida também como “acervo hereditário, massa ou monte.”<sup>126</sup> Numa especialização semântica, como equivalente a espólio, traduz a universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamentos dos herdeiros.

Dessa forma, entende-se por herança a parte do patrimônio ou da meação que pertencia ao cônjuge falecido, transmitindo-se aos seus sucessores legítimos ou testamentários, excluído a meação do cônjuge sobrevivente.

#### **4.2 Da concorrência no regime de comunhão universal de bens**

Como o próprio nome leva a entender, comunhão compreende o verbo comungar, ou seja, tornar comum, mas aqui o que importa é o estudo da possibilidade da concorrência sucessória no regime de comunhão de bens pelo fato de que, nesse regime, também existem bens excluídos da comunhão, que se tornam bens particulares, ou seja, aqueles dispostos no artigo 1.668 do atual Código Civil.

Referido artigo dispõe que, no casamento pelo regime de comunhão de bens, são excluídos da comunhão: os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas

---

<sup>125</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., 2001. p.85.

<sup>126</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980a. p.3.

com seus aprestos ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade.

São excluídos, ainda, os bens referidos nos incisos V a VII do artigo 1.659 da mesma norma legal, que são os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Em tese não seria concorrência, pois o legislador excluiu essa possibilidade daqueles casados pelo regime de comunhão de bens, pelo fato de amealharem, em caso de sucessão, à metade de todo acervo hereditário do falecido, a título de meação.<sup>127</sup>

Destaque-se que o casamento pela comunhão universal revela intuito mais acentuado de completa integração patrimonial entre os cônjuges, idéia esta compartilhada por Mauro Antonini, para quem seria absurdo, no momento da sucessão, tratar de forma pior o que optou por esse regime do que o cônjuge casado pela comunhão parcial.<sup>128</sup>

É o caso, por exemplo, de existir um único bem deixado pelo autor da herança, que lhe tenha sido atribuído por doação ou herança com cláusula de incomunicabilidade. Nesse caso, o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime de

---

<sup>127</sup> Cumpre destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça, extraída do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.684 (3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça), em que restou confusão acerca da concorrência sucessória do cônjuge casado no regime da comunhão universal de bens sobre todo o acervo hereditário, mesmo que amealhando o direito de meação. Vide Ementa: Civil - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - Sucessão Legítima - Art. 1.829, I, CC/02 - Concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes - Casamento no regime da comunhão universal de bens - Exclusão do cônjuge da condição de herdeiro concorrente - Ato do Juiz determinando a juntada aos autos da habilitação e representação dos herdeiros descendentes - Natureza - Despacho de mero expediente - Fundamentação desnecessária.

<sup>128</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1820.

comunhão de bens, não terá direito de meação ou direito de concorrência sucessória.<sup>129</sup>

No entanto, há que se defender a possibilidade de ser atribuído ao cônjuge sobrevivente casado pelo regime de comunhão de bens, quando existirem bens particulares, o direito sucessório de forma concorrente com os descendentes, mesmo aqueles doados com cláusula de incomunicabilidade, por analogia ao princípio estendido aos casados pelo regime de comunhão parcial de bens.

Para sustentar esse posicionamento sobre os bens doados com cláusula de incomunicabilidade, julgou-se eficaz buscar o conhecimento acumulado de alguns estudiosos do Direito.

Inicialmente, Carlos Alberto Dabus Maluf, com base nos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, defende que a cláusula de incomunicabilidade é aquela segundo a qual o bem permanece no patrimônio do beneficiado, sem constituir coisa comum ou patrimônio comum, no caso de casar-se sob o regime de comunhão de bens.<sup>130</sup>

Também é possível buscar a definição defendida por Carlos Roberto Gonçalves, levando-se ao entendimento de que a cláusula de incomunicabilidade é aquela disposição pela qual o testador determina que a legítima do herdeiro necessário, qualquer que seja o regime de bens convencionado, não entrará na comunhão em virtude do casamento.<sup>131</sup>

O fundamento maior de imposição da referida cláusula é a de não ingressar na comunhão, em virtude do matrimônio, visando à proteção contra incertezas do

---

<sup>129</sup> Cf. BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle Câmara. op. cit. p.35.

<sup>130</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.52; Apud. PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980b. p.108.

<sup>131</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.84.



futuro, como o caso de uma eventual separação, pois se for levado em consideração o regime de comunhão de bens, não imposta a cláusula, certamente seriam divididos igualmente, pois prevalece a comunhão.

Há que se salientar que impor somente a cláusula de incomunicabilidade não implica em inalienabilidade do bem; no entanto, o contrário, obtempera o artigo 1.911 do Código Civil vigente, ou seja, dispõe que a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Assim, quando imposta a restrição à referida cláusula, incide-se na legítima dos herdeiros e não unicamente na porção disponível; conseqüentemente, os herdeiros legítimos receberão seus quinhões com a restrição estabelecida em testamento ou doação.

Um olhar atento em Arnaldo Rizzardo leva ao entendimento de que a restrição persiste enquanto durar a pessoa que foi contemplada como herdeira ou cujo patrimônio foi gravado; também é possível compreender restar inconcebível a persistência após o decesso, de quem teve o testador o cuidado de proteger e, assim, concluir que a cláusula desaparece com a morte, devendo, então, ser requerida a averbação de sua extinção no registro de imóveis.<sup>132</sup>

Sobre o fundamento defendido, da possibilidade do cônjuge casado pelo regime de comunhão universal de bens, nos bens particulares, além do ensinamento retro apresentados, existe base jurisprudencial em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde ficou decidido que a condição de herdeira do falecido marido não importa em qualquer eventual incomunicabilidade do bem, em decorrência do

---

<sup>132</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.401.

regime de bens do casamento e da respectiva forma de aquisição, que serviria, isto sim, para inibir-lhe a qualidade de meeira, não, assim, de herdeira nos moldes do Código Civil vigente.<sup>133</sup>

Assim, no que concerne ao direito sucessório do cônjuge, fica claro que o bem imóvel gravado com cláusula de incomunicabilidade de fato não fará parte dos bens comuns do casal em eventual sucessão e, assim, excluída a meação. No entanto, como o cônjuge concorre com descendentes ou ascendentes nos bens particulares, não há razão para privar o mesmo de concorrer no bem particular que o *de cujus* recebeu em forma de doação com cláusula de incomunicabilidade, pois esta prevalece quanto à comunicação em relação ao regime de bens.<sup>134</sup>

Estas razões devem ser estendidas ao cônjuge sobrevivente, casado pelo regime de comunhão universal de bens, pois, se assim não consideradas, fica caracterizado que o rigor da lei acarretará prejuízos àqueles casados por esse regime, quando da existência de bens excluídos da comunhão.

---

<sup>133</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - 2ª Câmara Civil – Agravo de Instrumento nº 19083/2004 - Relator: Desembargador Maurício Caldas Lopes - J. 07/12/2004. Ressalte-se sobre a possibilidade da cláusula de incomunicabilidade ter sido feita em forma de fideicomisso, veja-se acórdão do STF. Nesse sentido, vide Recurso Especial nº 354.668-SP (2001/0109311-4) – Relator Ministro Aldir Passarinho Junior - 07/12/2006. Ementa: Civil e Processual - Apelação - Fungibilidade Recursal - Fideicomisso - Cláusula Testamentária - Incidência sobre a legítima - Incomunicabilidade de bens entre cônjuges reconhecida em julgamento de recurso especial anterior - CC, art. 1.733 - Vontade do Testador - CC, arts. 1.733 e 1.666: I Admissível a fungibilidade recursal quando existente razoável dúvida, à época, sobre qual a via processual para impugnar decisão que admite incidência de fideicomisso. II - Reconhecida, em julgamento anterior, a total incomunicabilidade de bens entre a filha falecida do testador e seu esposo, em respeito à vontade do testador de manter o patrimônio no seio familiar, a situação reflete sobre o fideicomisso, afastando-se a pretensão do cônjuge supérstite em vê-lo nulificado sobre a parte legítima, posto que sobre ela não teria direitos. III - Recurso especial conhecido em parte e provido.

<sup>134</sup> Cf. MALUF, Carlos Alberto Dabus. op. cit. p.59: o autor também tem este entendimento, acreditando que “[...] deve ficar esclarecido que a cláusula de incomunicabilidade não priva o cônjuge do direito hereditário que lhe cabe (art. 1.829, I a III, CC/2002).”

### 4.3 Da concorrência no regime de comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial de bens é o regime legal ou supletivo de bens, instituído a partir da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, também conhecida como “Lei do Divórcio”. Nesse regime de bens, conforme determina o artigo 1.658 do atual Código Civil, “comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento”.

Os bens que integram a comunhão estão dispostos no artigo 1.660 (incisos I a V)<sup>135</sup> da mesma norma legal, sendo discriminados como tais os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que apenas em nome de um dos cônjuges; bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior, como, por exemplo, os ganhos em loteria, sorteios.

Ainda integram o patrimônio comum os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, além das benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge. Nesse caso, apropriando-se dos extensos conhecimentos de Arnaldo Rizzardo, apreende-se que correspondem todas as benfeitorias, sejam necessárias, úteis ou voluptuárias; assim, quaisquer melhoramentos em bens particulares de um ou outro cônjuge ingressam na comunhão e passam a pertencer ao patrimônio comum, não interessando o montante com que cada cônjuge contribuiu.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Art. 1.660. Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os furtos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

<sup>136</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007.p.157.

Os frutos dos bens comuns ou particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento ou pendentos ao tempo de cessar a comunhão, são integrados ao patrimônio do casal; no entanto, o bem, de forma específica, continua incomunicável, obtendo apenas a comunhão nos ganhos futuros. Aproveitando-se do saber acumulado por José Antonio Encinas Manfré, é possível sustentar que o regime de comunhão parcial de bens é o sistema que melhor atende ao espírito da sociedade conjugal e representa, aproximadamente, 95% (noventa e cinco por cento) dos casamentos realizados no Brasil. Pode-se ainda entender que é o regime que mais atende os anseios do casal, visto que os bens adquiridos na constância do casamento devem ser comuns, por serem fruto da estreita colaboração que se estabelece entre marido e mulher, permanecendo incomunicáveis os adquiridos por motivos anteriores ou alheios ao matrimônio.<sup>137</sup>

Após a análise dos artigos supracitados, verifica-se que os bens adquiridos na constância do casamento devam ser os adquiridos a título oneroso ou bens doados a ambos os cônjuges. Não se comunicam aqueles bens possuídos antes de se casarem ou adquiridos na constância do casamento a título gratuito, além dos sub-rogados em bens particulares.<sup>138</sup>

Contudo, os bens excluídos da comunhão no referido regime estão descritos nos artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil vigente, que são: os bens que cada cônjuge possui ao se casar e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; a obrigação proveniente de

---

<sup>137</sup> MANFRÉ, José Antonio Encinas. op. cit. p.54.

<sup>138</sup> Ibidem. p.52.

atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos de trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meio-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. São, ainda, incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Salutar se torna frisar a importância da distinção entre os bens que integram a comunhão e os excluídos, uma vez que, especificamente ao tratar do direito sucessório do cônjuge, consta disposição do artigo 1.829, inciso I, do atual Código Civil, que somente é deferida a concorrência sucessória a este no regime de comunhão parcial de bens, quando o autor da herança houver deixado bens particulares.

Não há que se falar na possibilidade de concorrência sucessória sob todo o acervo hereditário, ou seja, concomitantemente sobre parcela dos bens comuns e dos particulares. A disposição do artigo supracitado é clara e a proteção sucessória do cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é tão somente quanto aos bens particulares, excluídos os comuns, uma vez que, sobre estes, tem o direito de meação.

Resgate-se que assim também o era no regime do Código Civil de 1916, em que o casamento sob o regime de comunhão afastava o direito do cônjuge sobrevivente a usufruto sobre fração dos bens deixados pelo autor da herança.

Nesse sentido, supõe-se haver harmonia com o sistema legislativo que, ao excepcionar da concorrência na herança o cônjuge casado no regime de comunhão universal de bens, deixou clara a opção de que, havendo direito de meação, não há direito de herança em concurso com os descendentes.

Dessa forma, ou seja, excludentes os direitos de meação e de herança, não se vislumbra razão para que no casamento sob o regime de comunhão parcial de bens, sem bens particulares, houvesse a somatória em favor do cônjuge para também receber parte da herança atribuída aos descendentes.<sup>139</sup>

Assim, inexistindo bens particulares, a condição do cônjuge sobrevivente é apenas de meeiro<sup>140</sup>, ou estaria, no caso dessa concorrência, havendo maior benefício para o casado no regime de comunhão universal, o que soa a natural descontento.<sup>141</sup>

Diante do exposto, conclui-se que no regime de comunhão parcial, portanto, havendo bens particulares, a solução é estabelecer a concorrência do cônjuge com os descendentes nos bens particulares<sup>142</sup>, exclusivamente, mas não nos bens comuns, porque em relação a estes o cônjuge já está protegido pela meação.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> Agravo de Instrumento nº 362.182.4/5 - 7ª Câmara de Direito Privado - Relator: Desembargador Arthur Del Guercio. Ementa: Arrolamento - Viúva que pretende ser reconhecida parte ideal a seu favor em imóvel ao qual já tem a meação - Inadmissibilidade - Recurso não provido - 1º/09/2004.

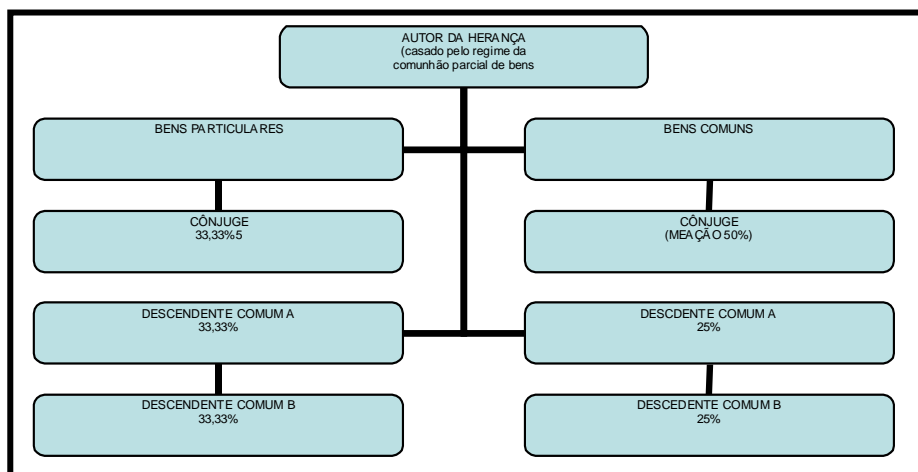
<sup>140</sup> Agravo de Instrumento nº 70013227533 - 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias. Ementa: Agravo de Instrumento – Inventário - Sucessão Legítima - Cônjuge sobrevivente - Inc. I, art. 1.829 do CCB - Vocação Hereditária – Concorrência: o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens detém o direito de meação e herança, na forma do art. 1.829 do CCB, na hipótese de o autor da herança deixar bens particulares. Todavia, no caso, inexistindo bem particular, conforme reconhece a própria viúva-meeira, deve o Juízo, desde logo, porque questão de direito, excluí-la da classificação de herdeira, mantida, apenas, a sua condição de meeira. Porto Alegre/RS, 21/12/2005.

<sup>141</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.108.

<sup>142</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 7ª Câmara Cível - Agravo de Instrumento nº 70.010.889.962. Presidente e Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias. Ementa: Sucessões - Inventário - Cônjuge - Regime de Comunhão Parcial - Concorrência: a concorrência do cônjuge sobrevivente com os filhos se dá quando, no regime da comunhão parcial, o autor da herança houver deixado bens particulares. Inteligência do art. 1.829, inc. I, do CCBB. Recurso provido, por maioria. Vencida a Relatora. 01/06/2005.

<sup>143</sup> Cf. PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1820.

A partilha, segundo organograma desenvolvido pela autora desta pesquisa, deverá ser levada a efeito da seguinte forma:



Por fim, ainda configura-se importante destacar que mesmo que o *de cuius* e o cônjuge sobrevivente não tenham adquirido bens na constância do casamento, o que implicaria na ausência do direito de meação, havendo bens particulares o cônjuge ostenta a qualidade de herdeiro necessário em concorrência com descendentes ou ascendentes.<sup>144</sup>

#### 4.4 Da concorrência no regime de participação final nos aqüestos

O regime de participação final nos aqüestos é novidade instituída pelo Código Civil vigente, com previsão nos artigos 1.672 a 1.686.

Os aqüestos são considerados bens onerosos, adquiridos por ambos os cônjuges na constância do casamento. Baseando-se nos ensinamentos de José Antonio Encinas Manfré, entende-se que trata-se de regime de bens sem precedente no Direito brasileiro, mas conhecido em outros países como, por

<sup>144</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - 1ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 424.606-4/2-00 - Relator: Desembargador Elliot Akel - 31/01/2006 - V.U.

exemplo, Alemanha, Espanha e França. Pode ser considerado um regime de caráter complexo ou misto porque, se cada consorte possui patrimônio próprio durante a sociedade conjugal, sobrevivendo à dissolução qualquer deles passa a ter direito à metade dos adquiridos a título oneroso (aqüestos) por ambos na constância do casamento.<sup>145</sup>

Vale aqui ressaltar que o regime de participação final nos aqüestos somente poderá ser escolhido por intermédio do pacto antenupcial e, colhendo subsídios em Rolf Madaleno, é possível entender que, na realidade, cuida-se de um regime de separação de bens no qual cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e inserido de forma onerosa na constância do casamento.<sup>146</sup>

O mesmo autor complementa o assunto, ou seja, quando da disposição hereditária no referido regime, explicando que:

Enquanto, mantida a sociedade conjugal, os cônjuges são proprietários individuais dos bens e a sua indivisão se mantém todo o tempo em que persiste o casamento, tratando de atender aos custos de manutenção da família constituída. Abrindo-se a sucessão no caso de decesso de qualquer um dos cônjuges, são chamados os seus herdeiros. Cumpre lembrar, ainda, que cada cônjuge poderá dispor por testamento da metade dos bens finais dos seus aqüestos, observadas as limitações acerca das porções indisponíveis, já que a morte extingue o regime patrimonial e abre a comunicabilidade dos ganhos conjugais.<sup>147</sup>

Assim, na questão da dissolução por morte de um dos cônjuges, o que diz respeito ao objeto do presente estudo, a meação é apurada conforme dispõe o artigo 1.685 do atual Código Civil, prevendo que, “na dissolução da sociedade

---

<sup>145</sup> MANFRÉ, José Antonio Encinas. op. cit. p.107.

<sup>146</sup> MADALENO, Rolf. Do Regime de Bens entre os Cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). op. cit. p.183.

<sup>147</sup> Ibidem. p.190.



conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código”.

No momento da abertura da sucessão, será necessário apurar quais bens constituem os aqüestos a serem trazidos ao inventário para partilha com os demais herdeiros, assim como os de natureza particular de cada cônjuge, que serão diretamente partilhados a esses sucessores, a serem convocados pela ordem de vocação hereditária.<sup>148</sup>

Não é necessário um mergulho epistemológico em Mário Antonini para entender, a respeito do artigo 1.672 do Código Civil vigente que, durante o casamento, valem as regras da separação total de bens, mas na dissolução da sociedade conjugal, inclusive pela morte (artigo 1.685), existe o direito de meação nos bens onerosos adquiridos durante o casamento.<sup>149</sup>

A respeito da possibilidade de concorrência sucessória do cônjuge no referido regime, ainda se pode identificar que, na sucessão, a situação é a mesma da comunhão parcial. Ante essa identidade de situações, impõe-se a mesma solução legal, ou seja, em relação aos bens comuns, em face dos quais tem meação e está protegido, o cônjuge não concorre com os descendentes, mas isso se dá apenas em face dos bens particulares. Isso leva a compreender que o legislador não omitiu intencionalmente o regime de participação final nos aqüestos, mas simplesmente se esqueceu de mencioná-lo.<sup>150</sup>

Dessa forma, será preciso distinguir o patrimônio entre os bens particulares e os constituídos de aqüestos; os doados sem autorização do cônjuge; os bens

---

<sup>148</sup> Cf. MANFRÉ, José Antonio Encinas. op. cit. p.124.

<sup>149</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1821.

<sup>150</sup> Ibidem. p.1821.

alienados em prejuízo da meação; aqueles adquiridos pelo trabalho conjunto e, também, os bens móveis. Após essa verificação, há que se observar a ordem de vocação hereditária; se além da respectiva meação, o cônjuge sobrevivente tem a condição de herdeiro.<sup>151</sup>

Tratando-se de um regime de bens o qual, no caso de dissolução por morte, se faz necessário apurar os bens particulares e os adquiridos conjuntamente na constância do casamento a título oneroso: os aqüestos; uma vez apurada a existência de bens particulares ficará caracterizada a possibilidade da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente, em concorrência com descendentes ou ascendentes.

O legislador previu, no artigo 1.829 do atual Código Civil, a possibilidade de concorrência sucessória nos bens particulares somente ao cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens, sistema este que possui grande semelhança com o regime estudado, motivo pelo qual se defende que, uma vez apurada a existência de bens particulares, o cônjuge sobrevivo casado pelo regime de participação final nos aqüestos deve concorrer com os descendentes e ascendentes.

#### **4.5 Da concorrência no regime de separação de bens**

Primeiramente cabe especificar que o regime de separação de bens está previsto no artigo 1.687 do Código Civil vigente<sup>152</sup>, sendo aquele em que, a princípio, não se comunicam os bens presentes e futuros dos cônjuges; permanecem

---

<sup>151</sup> Cf. MANFRÉ, José Antonio Encinas. op. cit. p.124.

<sup>152</sup> Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

independentes, seja nas respectivas administrações, gozo e dívidas, mesmo que anteriores ou posteriores ao casamento.<sup>153</sup>

A legislação brasileira apresenta duas formas para o regime de separação de bens: a convencional e a obrigatória. O primeiro regime deverá ser escolhido pelos nubentes por meio do pacto antenupcial; tal posicionamento é compactuado com José Antonio Encinas Manfré, levando a crer que quando os nubentes optarem por este tipo de regime poderão prever a separação de forma absoluta ou pura, assim como a relativa ou limitada.<sup>154</sup>

Essa previsão deve figurar no referido pacto de forma expressa, constando a exclusão dos bens havidos ou adquiridos antes, assim como na constância do matrimônio, ficando, dessa forma, a plena separação e impossibilitando, portanto, a comunicação de aqüestos.<sup>155</sup>

Ainda sobre a separação convencional, se a opção for pelas formas relativa ou limitada, tal decisão também deverá constar expressamente no pacto antenupcial, consistindo nas restrições aos bens presentes considerados como incomunicáveis; porém, haverá comunhão dos futuros, assim como os frutos e rendimentos, o que em muito se assemelha ao regime de comunhão parcial de bens.<sup>156</sup>

Diferentemente da separação convencional de bens, o legislador dispõe, no artigo 1.641 do atual Código Civil, situações em que é obrigatório o regime de separação de bens, o que vem a ser denominado regime de separação obrigatória de bens. Essas hipóteses são as seguintes: das pessoas que se casam com

---

<sup>153</sup> Cf. MANFRÉ, José Antonio Encinas. op. cit. p.127.

<sup>154</sup> Idem. p.130.

<sup>155</sup> Idem. p.130.

<sup>156</sup> Idem. p.139.

violação das causas suspensivas do artigo 1523 do da mesma norma legal<sup>157</sup>, a do maior de 60 anos, e a de todos que dependerem de suprimento judicial para se casar.

Vale aqui buscar referências em Mauro Antonini, sendo que o autor faz uma breve distinção, quando da análise do artigo 1.829 do Código Civil em vigor, ao determinar as hipóteses de concorrência sucessória. Para ele:

Ante a consagrada dicotomia entre separação obrigatória e convencional, aquela imposta pela lei a determinadas situações, esta resultante da opção dos nubentes em pacto antenupcial, a doutrina majoritária aponta equívoco na remissão, do inc. I do art. 1829, ao art. 1640, parágrafo único, pois a separação obrigatória está contemplada no art. 1641 e o art. 1640, parágrafo único, não diz respeito à separação obrigatória ou convencional. Diante desse equívoco que à primeira vista, parecia evidente, o Projeto Lei de n. 6.960/2002 propõe corrigir a remissão, passando a constar o art. 1641.<sup>158</sup>

No regime de separação obrigatória de bens existe uma separação absoluta dos bens, o que exclui a possibilidade de concorrência sucessória. Com base nos conhecimentos acumulados e socializados por Sílvio de Sálvio Venosa, não existe de fato razão para o cônjuge suceder neste regime de separação, pois em tese haveria fraude a esse regime imposto por lei, levando a crer que futuramente a jurisprudência se encarregará, como no passado, de abrandar esse rigor considerando-se as profundas iniquidades no caso concreto.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até 10 (dez) meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

<sup>158</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1820.

<sup>159</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit., 2003. p.109.

Nesse sentido, já existem decisões jurisprudenciais<sup>160</sup> determinando que ao cônjuge casado pelo regime de separação obrigatória de bens só caberá a herança quando ocorrer a hipótese elencada no artigo 1.838 do atual Código Civil, ou seja, quando da inexistência de descendentes ou ascendentes, situação em que lhe é deferida por inteiro a herança.

No mesmo acórdão, a decisão sustenta que o artigo 1.829, inciso I, da mesma norma legal não erigiu à condição de herdeiro o cônjuge casado pelo regime de separação obrigatória de bens, assistindo-lhe tão somente o direito de meação nos bens adquiridos na constância da união, segundo o que foi estabelecido pela Súmula 377 do STF, dispondo que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.<sup>161</sup>

O Código Civil vigente não reproduziu o texto do artigo 259 do Código Civil de 1916, que gerou a súmula; no entanto, entende-se que esta ainda se faz aplicável, dada sua plenitude de equidade e Justiça.<sup>162</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo corrobora com o mesmo entendimento, ou seja, apesar da existência de posicionamento no sentido de que tal Súmula não mais subsiste em razão do legislador não ter mantido ou revigorado na nova norma

---

<sup>160</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Agravo de Instrumento nº 70006500243 - Porto Alegre/RS - Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos - 13/08/2003; cf. também, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Agravo de Instrumento nº 70019414796 - Porto Alegre/RS - Relator: Desembargador Rui Portanova - 24/04/2007; no mesmo sentido é possível consultar o seguinte Acórdão: Tribunal de Justiça de São Paulo - 3ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 139.185-4/7-SP - Relator: Desembargador Ênio Santarelli Zuliani - J. 03/06/2003 - V.U - JTJ 269/226 - 2468/428-M, de 24/04/2006, com a seguinte Ementa: Sucessão - Cônjuge Sobrevivente (arts. 1.603, III, do CC/1916 e 1.829, III, do CC/2002): no caso de inexistir descendência ou ascendência para suceder o finado, a herança, em sua totalidade, destina-se à viúva, independentemente de o casamento ter sido celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, por figurar o cônjuge supérstite, com exclusividade, na terceira linha da ordem sucessória, desde que não separado (jurídica ou de fato) há dois anos (art. 1.830, do novo CC); o propósito dos colaterais, de inversão dessa regra, não encontra amparo legítimo na lei ou na regra moral das obrigações. Não provimento. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br/BAASP>>. Acesso em 15 nov. 2007.

<sup>161</sup> A referida Súmula foi aprovada em Sessão Plenária de 3 de abril de 1964, tendo como referência legislativa o Código Civil de 1916 (artigos. 258 e 259).

<sup>162</sup> Cf. ALMADA, Ney de Mello. op. cit., 2006. p.176.

o artigo 259, do qual ela decorrerá, prepondera entendimento no sentido de que, no casamento sob o regime legal ou obrigatório de separação, existe a comunicação dos bens adquiridos na sua constância, a título oneroso.<sup>163</sup>

Como reforço da possibilidade da aplicação da referida súmula na legislação vigente é possível buscar auxílio em Ney de Mello Almada, para quem a separação obrigatória atende ao escopo de prevenir casamentos estimulados por mero interesse patrimonial; é claro que nesse regime são objetivados os bens anteriores às núpcias e não aos adquiridos em sua vigência, mediante esforço comum dos casados.<sup>164</sup>

Retornando a análise da concorrência sucessória do cônjuge no tocante ao regime de separação convencional de bens, cumpre destacar que no Código Civil de 1916 o cônjuge sobrevivente, casado por esse regime, tinha direito ao usufruto viúval, consoante disposição contida no artigo 1.611 §1º, do referido diploma, determinando o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, “terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*”.

Já, no Código Civil vigente, é assegurado o direito real de habitação, o que difere do usufruto da quarta parte (disposto pelo Código Civil de 1916); portanto, dispõe o artigo 1.831 do atual diploma legal que “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à

---

<sup>163</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - Agravo de Instrumento nº 483.466-4/4-00 - Decisão da 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: Desembargador Carlos: a referida súmula foi aprovada em sessão plenária de 03 de abril de 1964. Referência legislativa: Código Civil de Stroppa. 22/05/2007.

<sup>164</sup> Cf. ALMADA, Ney de Mello. op. cit., 2006. p.176.

residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar”.

Uma breve consulta a Carlos Roberto Gonçalves leva a compreender que o regime de separação convencional de bens não foi excepcionado ou ressalvado pelo artigo 1.829 do Código Civil vigente, sendo lícito ao intérprete concluir que, nessa hipótese, haverá aludida concorrência, ocorrendo o mesmo no que diz respeito ao regime de participação final dos aqüestos.<sup>165</sup>

Esta questão já foi discutida em Agravo de Instrumento dirigido ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que sustentou a possibilidade da concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes no regime de separação convencional de bens, com fundamento no artigo 1.829, inciso I, do atual Código Civil, defendendo que a vedação somente ocorre quando casados pelo regime de separação obrigatória de bens.<sup>166</sup>

Para finalizar este capítulo, cabe destacar que o legislador não demonstrou incompatibilidade do benefício ao cônjuge casado pelo regime de separação convencional de bens, caracterizando, assim, que a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes torna-se possível.

---

<sup>165</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.154.

<sup>166</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - Agravo de Instrumento nº 313.414-4/1-00 - Relator: Desembargador Flávio Pinheiro - J. 04/11/2003; Cf, ainda TJSP - Agravo de Instrumento nº 465.233-4/0-00 - 5ª Câmara de Direito Privado - Relator: Oldemar Azevedo. V.U.; Cf. também TJSP - 10ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 437.322-4/6 - Relator: Desembargador João Carlos Saletti - 14/11/2006 - V.U.

## 5 HIPÓTESES DE SUCESSÃO ANÔMALA

Muito embora a presente pesquisa cuide das hipóteses de concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente na sucessão legítima, mister se faz tratar algumas situações em que o legislador determina, de plano, a sucessão ao dependente do autor da herança, sem observância da ordem de vocação hereditária.

Trata-se da denominada sucessão anômala que, com referência nos ensinamentos de José Luiz Gavião de Almeida, ocorre quando a *causa mortis* não é regulada pelas regras normais do direito sucessório, previstas no Código Civil vigente.<sup>167</sup>

Com base no Direito português, pode-se buscar guarida em José de Oliveira Ascensão para entender que a sucessão anômala é um tipo de sucessão na qual alguém é chamado a receber não apenas em atenção à relação existente entre o sucessível e o *de cujus*, mas em função também de sua posição em face de terceiro, que não entra na sucessão, mas serve como ponto de referência para a devolução.<sup>168</sup>

Essa forma de sucessão acontece, por exemplo, quando se trata a questão do benefício previdenciário, conforme dispõe o artigo 74 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 (Lei da Previdência Social), prevendo que a pensão por morte devida ao segurado deverá ser devida ao conjunto dos seus dependentes, cujo rol está contido no artigo 16 da referida Lei, a saber:

São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

<sup>167</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.21.

<sup>168</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**. Portugal: Coimbra Editora, 1989. p.191.



- II - os pais;
- III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
- [...]

Outra situação está presente no pagamento do FGTS - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, disciplinado pela Lei 8.036, de 11 de maio de 1990 (Lei do FGTS), em seu artigo 20, inciso IV, que permite o levantamento do saldo, no caso de falecimento do trabalhador, diretamente por seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social<sup>169</sup>, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte.<sup>170</sup> O referido artigo assim normatiza a questão:

Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

[...]

IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento.

Ainda se pode verificar os casos previstos pela Lei 6.858/80, que dispõe sobre o pagamento aos dependentes ou sucessores de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares, onde, conforme disposição do artigo 1.037 do Código de Processo Civil, independerá de abertura de inventário ou arrolamento,

---

<sup>169</sup> Cf. AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p.488: para estes autores, basta que os dependentes comprovem sua qualidade, mediante certidão expedida pela Previdência Social, ao efetuar o pedido de levantamento nos órgãos depositários.

<sup>170</sup> Nesse sentido, vide a seguinte jurisprudência: Tribunal de Justiça de São Paulo - Apelação nº 197.003.4/2-00 - Relator: Desembargador Álvares Lobo - 04/10/2006. Ementa: Indenização - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - Pagamento que deve ser feito aos dependentes habilitados na Previdência Social em cotas iguais - Recebimento pela viúva de todo o numerário - Sentença de procedência para determinar o pagamento aos autores de quatro quintos (4/5) da importância recebida: recurso da ré improvido.

devendo ser promovido na esfera administrativa.<sup>171</sup>

Reforça tal entendimento a jurisprudência paulista, determinando que os saldos de salários não recebido em vida pelo *de cuius* devem ser pagos aos dependentes previdenciários e não a todos os herdeiros, sob fundamento da ainda vigente Lei 6.858/80, mesmo após a promulgação do Código Civil de 2002.<sup>172</sup>

Assim, em todos os casos mencionados, é somente na falta dos dependentes habilitados que será aplicada de forma subsidiária a Lei Civil, e farão *jus* ao recebimento os seus sucessores, seguindo a ordem de vocação hereditária.

Uma consulta a Sebastião Amorim e Euclides Benedito de Oliveira permite interpretar que a lei visou a facilitar os pagamentos, determinando que se faça por via administrativa, mas foi além ao sobrepor-se à ordem de vocação hereditária prevista na Lei Civil, para dar preferência aos dependentes do falecido, antes que aos sucessores. Isso porque são considerados como dependentes as pessoas habilitadas como beneficiárias do falecido perante a Previdência Social, distinguindo-se dos sucessores, que são os herdeiros legítimos ou testamentários.<sup>173</sup>

Sob o título “Seguro de Vida”, o Código Civil vigente trata, nos artigos 790 a 794, a determinação da ordem dos beneficiários em casos de seguros de vida, conforme disposição contida no artigo 792, prevendo que “na falta de indicação da

---

<sup>171</sup> Cf. AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p.489: de acordo com estes autores, são os seguintes os casos, discriminados no artigo 1º do Decreto nº 85.845/81, que regulamentam a matéria: a) quantias devidas a qualquer título pelos empregadores a seus empregados, em decorrência da relação de emprego; b) quaisquer valores devidos, em razão do cargo ou emprego, pela União, Distrito Federal, Territórios, Municípios e suas Autarquias, aos respectivos servidores; c) saldo de contas individuais do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP; d) restituições relativas ao imposto sobre a renda e demais tributos recolhidos por pessoas físicas; e) saldo de contas bancárias, saldos de cadernetas de poupança e saldo de contas de Fundo de Investimento, desde que não ultrapassem o valor de 500 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (correspondentes a 3.460 Bônus do Tesouro Nacional –BTN), e não existam na sucessão outros bens sujeitos a inventário.

<sup>172</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - 2ª Câmara de Direito Privado - Acórdão extraído do Agravo de Instrumento nº 481.488-4/0-00, datado de 27/02/2007 - Relator: Desembargador Morato de Andrade.

<sup>173</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p.491.

pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feito, o capital segurado será pago pela metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária”.

Outro exemplo que se faz oportuno quando o assunto é a sucessão anômala diz respeito ao caso da propriedade intelectual. O artigo 649 do Código Civil de 1916 restringia o direito sucessório sobre obra intelectual aos parentes até segundo grau. Referenciando-se nos ensinamentos de José Luiz Gavião de Almeida, apreende-se que a matéria atualmente está regulada pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direito Autorais), determinando em seu artigo 41 (e parágrafos) que a propriedade intelectual é transferida aos herdeiros conforme ordem de vocação hereditária do Direito Civil, diferentemente da lei anterior, que beneficiava apenas os filhos, pais ou cônjuges, por toda a vida.<sup>174</sup>

Essa transferência do Direito Autoral não se dá de forma absoluta, mas estabelece o prazo de 70 (setenta) anos para que integrem a herança dos sucessores do autor; se não houver parentes, cai no domínio público. Então, parece indicar a lei que não há sucessão nos moldes do Código Civil. Depois, no caso de inexistência dos parentes sucessíveis, o Estado não recolhe a herança, que fica como de domínio público.<sup>175</sup>

Demonstradas as situações em que ocorre a sucessão anômala, interessante se torna considerar a hipótese de concorrência sucessória, objeto do estudo desta pesquisa. Nesse aspecto, consoante decisão jurisprudencial, pode-se dizer que é possível acontecer a concorrência sucessória do cônjuge nos casos de sucessão anômala; como exemplo, expõe-se acórdão do Tribunal de Justiça de Minas

---

<sup>174</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.21.

<sup>175</sup> Ibidem. p.21.

Gerais<sup>176</sup>, que deferiu a inclusão do cônjuge sobrevivente, separado de fato, como pensionista, concorrendo com o companheiro e os filhos do *de cujus*, em partes iguais.<sup>177</sup>

## 5.1 Sobre o usufruto

Antes de mesmo de um maior aprofundamento na questão, cabe aqui conceituar o substantivo masculino “usufruto” entendendo-se, de acordo com De Plácido e Silva, “o direito assegurado a alguém, para que possa gozar, ou fruir, as utilidades e frutos de uma coisa, cuja propriedade pertence a outrem, enquanto temporariamente destacado da mesma propriedade”.<sup>178</sup>

No Código Civil de 1916, conforme disposição do antigo artigo 1.611, §1º, é estabelecido ao cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não é o da

---

<sup>176</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 7ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0105.04.129413-0/001 - Relator: Desembargadora Jeloisa Combat - 27/11/2007. Ementa: Ação Ordinária - Pedido de inclusão como pensionista - Vínculo conjugal existente na data do óbito - Dependência econômica demonstrada - Inclusão devida: para fins de prestação previdenciária, são dependentes do segurado, o cônjuge, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. A separação de fato não dissolve o vínculo conjugal, que somente ocorre pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial, pelo divórcio, ou por novo casamento do cônjuge quando declarada a ausência do outro em decisão judicial transitada em julgado. Demonstrada a existência do vínculo conjugal no momento do óbito, tem a autora, que era separada apenas de fato do segurado, direito de ser incluída como pensionista junto ao IPSEM; Cf. também Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 3ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0000.00.234129-5/002 - Relator: Desembargador Kildare Carvalho - DJ 04/10/2002; Cf., ainda, Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 2ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0024.01.603468-8/002 - Relator: Desembargador Francisco Figueiredo - DJ. 17/12/2004.1B

<sup>177</sup> Nesse sentido, cf.: Tribunal Regional Federal da 2ª Região - 2ª Turma Especializada - Agravo de Instrumento nº 2005.51.01.516495-7 - Relator: Desembargador Federal Messod Azulay Neto - 13/08/2007. Ementa: I - A existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável. II - Nossa sociedade se pauta nos princípios da monogamia, fidelidade e lealdade, que se encontram não apenas na ética ou na moral, mas que são imposições legais de nosso ordenamento jurídico. III - Circunstâncias especiais reconhecidas em juízo para que se divida, em definitivo, a pensão de morte entre a viúva e a concubina; pesando as circunstâncias fáticas e as de direito, concluiu, com base na equidade, no livre convencimento e no princípio da igualdade material, pelo rateio da pensão no percentual de 70% para a esposa e 30% para a concubina. IV - Condeno a pagar os atrasados devidos a partir da suspensão do benefício. V - Agravo interno parcialmente provido e embargos declaratórios prejudicados.

<sup>178</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.845.

comunhão universal, o direito, enquanto durar a viuvez ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, quando houver filhos deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*. A redação de tal parágrafo foi dada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), que veio a estender ao cônjuge supérstite a mesma tutela introduzida em favor das brasileiras casadas com estrangeiros, pelo Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 5.187, de 13 de janeiro de 1943.

Uma breve consulta a Gustavo Tepedino possibilita compreender que o Decreto-Lei nº 3.200/41 estabelece o usufruto vidual vitalício, o qual foi reeditado com disciplina não idêntica em 1962, abrangendo, dessa forma, todos os cônjuges supérstites, desde que não tenham sido casados com o *de cuius* pelo regime de comunhão universal de bens e enquanto durar a viuvez, portanto, não mais vitalício. Segundo a disciplina do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, em seu §1º, de qualquer forma, guardadas tais diferenciações, é a mesma do usufruto previsto pelo Decreto-Lei retro citado, valendo, por conseguinte, a análise da regra geral para a aplicação e interpretação da regra específica.<sup>179</sup>

Da forma como foi concebido o usufruto, consubstanciado no §1º do artigo 1.611 da mesma norma legal, são estabelecidos três pressupostos para a aplicação do instituto, qualquer que seja a linha teórica a que se filie o intérprete, quais sejam: a) que o cônjuge sobrevivente não tenha sido casado com o falecido no regime de comunhão universal de bens; b) que ao tempo da morte não estivesse dissolvida a sociedade conjugal, nos termos do *caput* do artigo 1.611; e c) que não tenha outros

---

<sup>179</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p.48/49.

herdeiros necessários ou que, não os possuindo, não tenha o cônjuge sido contemplado, pelo testamento, com a propriedade da herança.<sup>180</sup>

Sobre o assunto, Euclides Benedito de Oliveira explica que:

Trata-se de usufruto legal, como qualificado em doutrina, como se fora um legado *ex lege*.. Sua duração era vitalícia, porém limitada ao tempo da viuvez, por isso denominando-se “usufruto vidual”. Também se diz condicionado, porque pressupõe que o viúvo tenha sido casado no regime da separação ou da comunhão parcial de bens (desde que não beneficiado com a meação).<sup>181</sup>

O usufruto tornou-se um mecanismo viabilizador da garantia à subsistência da mulher não herdeira após a morte do marido. Este, sem prejuízo de devolver a sucessão patrimonial de seus bens para a respectiva prole, assegura à mulher o aproveitamento econômico de certo patrimônio, de modo a propiciar-lhe o sustento. Tal posicionamento é defendido por Gustavo Tepedino, de quem se pode absorver que a origem do usufruto encontra-se, pois, no direito sucessório e no direito de família, apresentando-se como um meio de garantir a subsistência pela utilização e fruição de certo bem, sem a necessidade de se transferi-lo à propriedade do beneficiário.<sup>182</sup>

Pela instituição legal do usufruto, intencionava-se assegurar ao cônjuge, por não lhe caber meação, o direito à função sobre parte de todos os bens inventariados, alcançando até mesmo a legítima dos herdeiros necessários, embora pudesse incidir nos bens que compunham a metade disponível, na pendência do efetivo valor que lhes fosse atribuído.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p.50.

<sup>181</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.135.

<sup>182</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p.16/17.

<sup>183</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.135.

Portanto, com base em Gustavo Tepedino, apreende-se que a função originária do instituto é garantir à viúva não herdeira um padrão de vida compatível com o nível econômico que desfrutava anteriormente à morte do marido, o qual, instituindo-a usufrutuária vitalícia, evitava desfalcocar o patrimônio dos filhos ou dos herdeiros instituídos.<sup>184</sup>

Contudo, para as sucessões abertas na vigência do atual Código Civil, não mais subsiste ao cônjuge sobrevivente o direito de usufruto vidual da quarta parte ou da metade da herança, nos moldes anteriormente delineados pelo artigo 1.611, §1º, do Código Civil de 1916.

Por meio de uma simples consulta a Euclides Benedito de Oliveira consegue-se apreender que, no lugar do usufruto, o cônjuge passa a ter participação concorrente na propriedade dos bens da herança, como previsto nos artigos 1.832 e 1.837 do atual Código Civil, uma vez que a situação foi alterada, passando o cônjuge sobrevivente a receber atualmente em conjunto com os descendentes, conforme o regime de bens, ou com os ascendentes do falecido.<sup>185</sup>

Vale ressaltar que não se deve alegar a subsistência do direito ao usufruto para o cônjuge que fosse casado anteriormente à vigência do atual Código Civil. A Lei de regência, na espécie, não se afina com o direito adquirido à data da celebração do casamento, mas com a norma em vigor à data da abertura da

---

<sup>184</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p.17.

<sup>185</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.134.

sucessão.<sup>186</sup> Portanto, esse é o momento para conhecer a norma aplicável na esfera do direito hereditário.<sup>187</sup>

## 5.2 Sobre o direito real de habitação

Primeiramente, mister se faz expor que os direitos sucessórios para o cônjuge sobrevivente não se limitam ao recebimento da propriedade dos bens hereditários, mas à garantia de certa qualidade de vida que desfrutava quando convivia com o sucedido. Esta idéia, no geral, é compartilhada por José Luiz Gavião de Almeida, entendendo-se que, para atingir esse objetivo, o legislador entregou ao sobrevivente o direito real de habitação sobre o imóvel que servia de residência a família.<sup>188</sup>

Anteriormente, no Código Civil de 1916 (artigo 1.611, §2º), o direito real de habitação era tratado estabelecendo-se que, se o cônjuge sobrevivente era casado sob o regime de comunhão universal de bens, além da meação e de eventual cota na herança, também tinha o direito real de habitação no imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

Referida proteção somente era atribuída desde que, além da existência de um casamento válido e permanente da sociedade conjugal, os cônjuges fossem casados pelo regime de comunhão universal de bens, considerando um pressuposto para a incidência do direito real de habitação, bem como incidisse sobre um único

---

<sup>186</sup> Nesse sentido, vide Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo - 10ª Câmara de Direito Privado – Agravo de Instrumento nº 299.970-4/8-00-SP - Relator: Desembargador Quaglia Barbosa - J. 07/10/2003 - V.U. - **Ementa:** Inventário - Regência da sucessão pela lei vigente ao tempo do decesso: espécie em que a abertura se deu na vigência do Código Civil/1916, propiciando, na situação retratada, o usufruto da quarta parte dos bens deixados em favor do cônjuge supérstite. Art. 1.611, § 1º, do diploma revogado. Desimportância de adotado, no casamento, o regime da separação, porquanto aquele preceito tem fastígio, precisamente, quando o regime de bens não seja o da comunhão universal. Leitura preconizada do art. 2.041, do novo Código Civil, que não prevalece sobre a regra geral, com força de princípio, no sentido de que a sucessão se regula pela lei vigente ao tempo de sua abertura (art. 1.787, do Código Civil/2002). Agravo não provido. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/BAASP>>. 2468/427-M, de 24/04/2006.

<sup>187</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.135

<sup>188</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.219.



bem residencial no acervo hereditário, desde que destinado à residência da família.<sup>189</sup>

Ainda sobre o assunto e buscando guarida em Sílvio de Salvo Venosa, é de fácil absorção que o direito real de habitação é uma outra proteção conferida ao cônjuge viúvo, pelo mesmo “Estatuto da Mulher Casada”; foi instituído a fim de assegurar um teto ao cônjuge sobrevivente, quando há um único imóvel residencial na herança, uma vez que poderiam os herdeiros não só entrar na posse direta do bem, como aliená-lo, deixando o pai ou a mãe ao desabrigo.<sup>190</sup>

Por outro lado, no que se refere ao Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente, além de figurar na terceira classe de ordem de vocação hereditária, tinha a proteção complementar do usufruto viúvo e do direito real de habitação, conforme previa o artigo 1611, parágrafos 1º e 2º.

Entretanto, com base nos sólidos conhecimentos de Mauro Antonini, apreende-se que, naquele Código, o direito real de habitação era assegurado ao cônjuge casado pela comunhão universal de bens, em caráter vitalício e enquanto permanecesse viúvo, tendo por objeto o imóvel residencial da família, desde que fosse o único dessa natureza. O usufruto viúvo era conferido aos cônjuges casados por outros regimes de bens, que não o de comunhão universal, correspondendo ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo *de cujus*, se houvesse filhos, e metade, no caso de herdeiros ascendentes.<sup>191</sup>

No atual Código Civil brasileiro a proteção subsiste; porém, de forma benéfica, pois o artigo 1.831 prevê a extensão do direito real de habitação do único imóvel residencial, a todos os regimes de bens do casamento, diferentemente do

---

<sup>189</sup> Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. op. cit. p.118.

<sup>190</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., 2003. p.107.

<sup>191</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1820.

Código anterior (1916), onde somente os casados pelo regime de comunhão universal faziam *jus* ao benefício. A própria jurisprudência<sup>192</sup> brasileira já cria bases sobre esta questão.

Com referência na previsão do artigo retro citado, a atual sistemática civil acabou com o usufruto vidual, anteriormente estudado. Não consta na redação literal de tal a limitação desse direito à permanência da viuvez, motivo pelo qual se julgou conveniente transcrevê-lo, a saber:

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.

Sobre a falta de limitação do artigo 1831 do atual Código Civil, entende que o legislador excedeu-se ao não limitar o gozo do direito de habitação ao período da viuvez. Tal conceito é compactuado com Euclides Benedito de Oliveira, de quem se pode extrair que melhor seria a conservação do critério da lei anterior e até lhe melhorasse a redação, dispondo que o viúvo manteria o direito de continuar morando no imóvel que servira de residência ao casal enquanto não tivesse nova união ou casamento, como constava da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996 (Lei da União Estável), em seu artigo 7º, parágrafo único, que concedia direito real de habitação ao companheiro sobrevivente.<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 826838/RJ; Recurso Especial nº 2006/0047945-7 - Relator: Ministro Castro Filho - T3 - Terceira Turma - DJ de 16/10/2006 - Ementa: Recurso Especial – Civil - Direito Real de Habitação - Cônjuge Sobrevivente - Codificação Atual - Regime Nupcial – Irrelevância - Residência do Casal: segundo o artigo 1.831 do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente tem direito real de habitação sobre o imóvel em que residia o casal, desde que seja o único dessa natureza que integre o patrimônio comum ou particular do cônjuge falecido. Recurso não conhecido, com ressalva quanto à terminologia.

<sup>193</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.137.

O direito real de habitação concedido é o previsto nos artigos 1.414 a 1.416 do Código Civil vigente. José Luiz Gavião de Almeida explica com maestria que se trata do direito de habitar gratuitamente casa alheia ou, no caso, imóvel que pode ser parcialmente alheio. Não se pode emprestar ou alugar, mas apenas ocupar. É direito real personalíssimo, que não se transmite, quer por atos intervivos, quer por atos *causa-mortis*. Conquanto o direito real de habitação recaia sobre coisa alheia, a habitação, seja por instituição convencional ou, como na espécie, por disposição legal, atém-se às regras pertinentes ao usufruto e, como este, extingue-se com a morte do beneficiário.<sup>194</sup>

Por oportuno, é salutar ressaltar que no Código Civil de 1916, o artigo 1.611, em seu §3º, resguardava o direito, previsto no §2º, ao filho portador de deficiência, dispondo que “na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho”.

Já, o atual Código Civil não prevê a possibilidade da extensão ao direito real de habitação ao filho portador de deficiência. A matéria é tratada no Projeto de Lei nº 6.960/2002, que propõe restabelecê-lo, como parágrafo único ao artigo 1825.

---

<sup>194</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.219.

## 6 RENÚNCIA, COLAÇÃO E DOAÇÃO

### 6.1. Sobre os efeitos decorrentes da renúncia

No direito sucessório, o herdeiro poderá renunciar a herança, declarando que não a aceita, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.804 do Código Civil vigente, dispondo que “a transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança”.

Baseando-se em Arnaldo Rizzardo, é possível entender que a renúncia envolve um ato omissivo, ou simplesmente a saída e exclusão da pessoa da relação de herdeiros. Não há uma transferência de bens (ou transmissão de quinhão) e muito menos uma cessão de direitos hereditários, pois para qualquer um desses atos é necessário antes o domínio ou a titularidade.<sup>195</sup>

O herdeiro que renuncia é considerado como se não fosse anteriormente chamado à sucessão, ou seja, como se nunca tivesse sido herdeiro, produzindo efeito *ex tunc*, retroagindo à data da abertura da sucessão.

Na visão de Maria Helena Diniz, entende-se que:

Renúncia é o ato jurídico unilateral, pelo qual o herdeiro declara expressamente que não aceita a herança a que tem direito, despojando-se de sua titularidade. Deveras, o herdeiro não é obrigado a receber a herança se a recusar, sua renúncia não lhe cria qualquer direito, pois o renunciante é considerado como se nunca tivesse herdado.<sup>196</sup>

A aceitação da herança, quando expressa, conforme dispõe o artigo 1.805 do atual Código Civil, faz-se por meio de declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro. Em se tratando de aceitação, o §1º do artigo supracitado dispõe que “não exprimem aceitação de

---

<sup>195</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.75.

<sup>196</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.74.

herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória” e, no §2º, preceitua que “não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais co-herdeiros”.

Já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que a renúncia em favor do único herdeiro da mesma classe que restou não importa em aceitação, não ocorrendo a transmissão de um herdeiro para o outro, mas do falecido para o herdeiro que não renunciou e, portanto, aplica-se a regra do §2º do artigo retro citado.<sup>197</sup>

Quando um herdeiro renuncia a herança, seu quinhão é devolvido ao monte, conforme disposição contida no artigo 1.810 do atual Código Civil, dispondo que “na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente”. Assim, o renunciante é considerado inexistente e sua parte é acrescida à dos outros herdeiros da mesma classe e, se for ele o único da classe, a herança é devolvida aos herdeiros da classe seguinte.<sup>198</sup>

Reportando-se novamente aos ensinamentos de Arnaldo Rizzardo, fica relativamente simples perceber que, falecendo o progenitor, seu filho é o herdeiro natural, mas se este renuncia, herdarão por direito próprio seus descendentes, ou os filhos do filho do *de cujus*, ou os netos do *de cujus*. Isso não significa que tais agentes representam o renunciante, mas por força do direito que possuem de herdar, eis que, em face da renúncia, é como se não existisse o renunciante.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo - 9ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 530.089-4/0-00 - Relator: Desembargador José Luiz Gavião de Almeida - 02/10/2007.

<sup>198</sup> Cf. PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado**. Barueri, SP: Manole, 2007. p.1801.

<sup>199</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.83.

De outra forma, se o *de cujus* tiver dois ou mais filhos, e apenas um deles renunciar, toda a herança se concentra no(s) filho(s) não renunciante(s), sem que os filhos do(s) herdeiro(s) renunciante(s) tenham algum direito. Ocorrendo a hipótese do renunciante não possuir descendentes, a herança passa para a classe seguinte: os ascendentes. Deve-se considerar da mesma forma quando todos os filhos renunciarem, sem que tenham descendentes.<sup>200</sup>

É importante observar a regra contida pelo artigo 1.813 do atual Código Civil, o qual dispõe sobre a possibilidade de existir credor do renunciante, que poderá aceitar a herança em seu lugar, já que tal artigo dispõe que “quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante”. O §2º desse artigo preceitua que “pagas as dívidas do renunciante prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros”.

Os efeitos da renúncia na concorrência sucessória que interessa ao presente estudo dizem respeito a quando existir renúncia em sucessão em que se verifica a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes ou ascendentes. Observa-se que na disposição contida no artigo. 1.810 do Código Civil vigente o legislador não apresentou solução quando ocorrer renúncia de descendentes ou ascendentes que estiverem concorrendo com o cônjuge sobrevivente.

Num ímpeto nostálgico pode-se verificar que, no já revogado Código Civil de 1916, a regra era absoluta e seguia a ordem de vocação hereditária, contida do artigo 1.603, ou seja: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais, municípios, Distrito Federal ou a União. Não havendo quem pudesse recolher a

---

<sup>200</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.83.

herança, estando previsto como contemplado na primeira classe do artigo supracitado, passavam-se os bens aos integrantes da segunda classe.<sup>201</sup>

No entanto, o atual Código Civil, manteve os descendentes na primeira classe, mas incluiu o cônjuge como concorrente, juntamente com os descendentes, como se verifica pela disposição do inciso I do artigo 1.829. A situação exige análise em diversas possibilidades de renúncia, principalmente quando ela for manifesta por um ou mais descendentes.

Há que se destacar que nos termos do artigo 1.804 do Código Civil vigente, no caso de renúncia, considera-se não operada a transmissão da herança ao renunciante. Essa tendência é compactuada por Mauro Antonini, podendo-se entender que, em face daquela herança, o filho renunciante nunca tivesse existido. Se nunca existiu, sua parte acresce ao montante que será dividido entre os herdeiros não renunciantes e o cônjuge, quando for o caso, nas mesmas proporções do artigo 1.832 da mesma norma legal.<sup>202</sup>

Outra situação existente e que merece ser abordada diz respeito a quando houver a renúncia de todos os descendentes e a sucessão, a princípio, seria o caso de concorrência sucessória, nos termos dos artigos 1.829 e 1.832 do atual Código Civil. Para essa situação, nada mais eficaz do que amparar-se nos sólidos conhecimentos detidos por José Luiz Gavião de Almeida, para quem, mesmo faltando descendentes, mas havendo cônjuge, este não recolhe a totalidade da herança; isso porque, artigo 1.829 do Código Civil vigente, em seu inciso II, faz referência à concorrência entre ascendentes e cônjuge. Se o cônjuge, à falta de

---

<sup>201</sup> Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. p.142.

<sup>202</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1801.

descendente, recolhesse o total do monte-mor, os ascendentes nunca seriam chamados à sucessão em concorrência com ele.<sup>203</sup>

Situação interessante foi decidida em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>204</sup>, no qual ocorreu o pedido de exclusão do cônjuge sobrevivente, separado de fato do autor da herança, considerando-se simplesmente a ausência de manifestação nos autos de inventário. Alegaram os recorrentes ter ocorrido renúncia tácita à meação e ao direito sucessório e, solicitando, assim, que o mesmo deveria ser excluído do rol de herdeiros. Este acórdão decidiu que não há como renunciar à meação no curso do casamento e, ainda, que a renúncia à herança não admite a forma tácita, mas deve constar expressamente por meio de instrumento público ou termo judicial, como dispõe o artigo 1.806 do atual Código Civil.

Feitas tais considerações até aqui expostas, é possível acreditar que o cônjuge somente recolhe a herança nos casos de renúncia realizada pelas classes precedentes.

## 6.2 Sobre a colação dos bens doados ao cônjuge

Antes mesmo de uma abordagem mais profunda a respeito do assunto, salutar se torna buscar um conceito a este substantivo feminino que, segundo a ótica de Plácido e Silva, “indica o ato pelo qual é o herdeiro obrigado a trazer (*ajuntar*) à massa comum da herança, ou dos bens do defunto, toda e qualquer espécie de bens que tenha recebido dele, em vida, a fim de com eles concorrer à partilha.”<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.143.

<sup>204</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - 4ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 501.398.4/2-00 - Relator: Desembargador Francisco Loureiro - 02/08/2007.

<sup>205</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.179.



Não se atendo apenas à esta definição, é possível buscar guarida em Carlos Roberto Gonçalves, para quem a colação é considerada como o ato pelo qual os herdeiros descendentes, que concorrem à sucessão do ascendente comum, declaram no inventário as doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegados, a fim de sejam conferidas e igualadas as legítimas.<sup>206</sup>

Entretanto buscando um sentido mais positivo que doutrinário, há que se verificar o artigo 2002 do atual Código Civil, dispondo que “os descendentes que concorrem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação”.

Apesar de nem tão complexo, o assunto merece a contribuição de Silvio Rodrigues, apoiado nos ensinamentos de Cunha Gonçalves, apontando que a opinião dominante entende que a colação é baseada na vontade presumida do *de cuius* que, desejando estabelecer a igualdade entre os herdeiros, supõe que o donatário recebe a coisa doada a título de antecipação da herança e sob a condição de trazê-la ao monte partível ou descontá-la do seu quinhão quando da abertura da sucessão, pois é justo presumir que o autor da herança dedicava a todos os seus descendentes igual afeto, não havendo razão para distinguir entre uns e outros, se não fez expressa menção.<sup>207</sup>

Cabe ressaltar que, consoante artigo 2005 da mesma norma legal, o testador tem direito de dispensar a colação, bastando determinar no testamento (ou no próprio instrumento da doação) que as liberalidades saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computando o seu valor ao tempo da doação.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.503.

<sup>207</sup> RODRIGUES, Silvio. op. cit. p.308.

<sup>208</sup> ALMADA, Ney de Mello. op. cit., 2006. p.189.

Porém, com a leitura do artigo 2002 do Código Civil vigente, percebe-se que não são todos os herdeiros necessários do autor da herança que são obrigados a colacionar, pois a redação é categórica ao determinar que somente “os descendentes” que concorrem à sucessão do ascendente comum são obrigados a conferir as doações recebidas. Constata-se, assim, que o ascendente na qualidade de herdeiro não está obrigado à colação, por não haver previsão expressa na atual normatização civil, o que ocorria anteriormente no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.786.<sup>209</sup>

Como era de se esperar, surge dúvida em relação à colação no âmbito do cônjuge sobrevivente; o legislador deixou lacuna no artigo supracitado (2002), pois é óbvio que o cônjuge poderá receber bens a título de doação pelo autor da herança. Não sendo obrigado a levar a doação à colação, restarão prejudicados os descendentes, uma vez que o cônjuge elevado à categoria de herdeiro necessário, poderá concorrer com os mesmos na sucessão.

Para uma melhor compreensão deste tópico, cumpre destacar que o artigo 544 do Código Civil vigente, ao tratar da doação de ascendentes a descendentes, dispõe que “a doação de ascendente a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança”. Assim, muito embora o artigo 2002 não faça menção expressa sobre a obrigação do cônjuge em conferir os bens recebidos por doação do autor da herança, fica evidente, consoante o artigo 544, que o cônjuge recebe a doação como adiantamento de legítima, e conseqüentemente, deverá levá-la a colação.

Não obstante, dispõe o artigo 2003 do Código Civil vigente que “a colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos

---

<sup>209</sup> Cf. DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. op. cit. p.234.

descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados”.

Percebe-se aqui um erro do legislador, pois uma simples consulta a Arnaldo Rizzardo, leva a compreender que existe uma grave incongruência do Código relativamente ao cônjuge, eis que, pelas várias normas que tratam da matéria, também ele (cônjuge) deve colacionar. Ainda é possível sustentar que, pelo artigo 544 do Código Civil vigente (o que não previa o artigo 1.171 do Código de 1916), a doação ao cônjuge importa em adiantamento. Além disso, o artigo 2003 do atual Código Civil, diferentemente do dispunha artigo 1.785 daquele Código já revogado, impõe que se igualem legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente.<sup>210</sup>

Ao se analisar o instituto da colação, as disposições contidas no atual Código Civil, especificamente nos artigos 544 e 2.003, parágrafo único, nada mais eficaz do que buscar o auxílio de Maria Helena Diniz, que também encontra dificuldade de interpretação e sustenta que há um defeito de técnica legislativa e contradição normativa entre os referidos artigos, podendo-se concluir que “haverá colação quando houver adiantamento da legítima; logo, descendente e cônjuge sobrevivente, por força da liberalidade *inter vivos* recebida, deverão conferir o valor da doação sob pena de sonegação e de perder o direito que sobre os bens herdados lhes caiba (CC, art. 1992)”.<sup>211</sup>

Reportando ao instituto da colação no Direito português, especificamente no artigo 2.104º de seu Código Civil, encontra-se a disposição de que, “os descendentes que pretendam entrar na sucessão do ascendente devem restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhes forem doados por

---

<sup>210</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.674.

<sup>211</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit. p.66.

este”. Percebe-se que o legislador português também foi omissivo quanto à imposição ao cônjuge sobrevivente do dever de colacionar, mesmo sendo herdeiro legítimo.

Uma breve consulta a José Antonio de França Pitão permite entender detectar que o problema encontra-se em saber se o cônjuge sobrevivente beneficiado em vida com uma doação feita pelo seu cônjuge, deverá restituir à massa da herança, no momento da partilha, o valor com que foi contemplado. Isso porque, após a Reforma do Direito Civil português, ocorrida em 1977, entende-se que nos termos dos artigos 2157º e 2133º (nº 1, al. a), o cônjuge sobrevivente é herdeiro legítimo na primeira classe de sucessíveis, juntamente com os descendentes; isso significa dizer que o cônjuge sobrevivente irá suceder sempre ao *de cuius*. Assim, considera-se lógico que o cônjuge deveria estar sujeito à colação quando tenha sido beneficiado em vida com uma doação feita pelo autor da sucessão.<sup>212</sup>

Com a breve análise feita até aqui e retomando-se ao Direito pátrio, conclui-se que, embora verificada a lacuna no artigo 2.002 do Código Civil vigente, deve ser aplicado ao cônjuge sobrevivente a obrigação de colacionar os bens recebidos por doação do autor da herança.<sup>213</sup>

### 6.3 Da doação realizada aos cônjuges

Comumente encontram-se doações realizadas em favor dos cônjuges, diante das quais, quando da abertura da sucessão, é necessário observar a forma como esta foi outorgada, a fim de verificar a possibilidade ou não de ser levada a inventário e partilha. Este tipo de doação merece destaque, considerando que a outorga de

---

<sup>212</sup> PITÃO, José Antonio de França. op. cit. p.112.

<sup>213</sup> Cf. ALMADA, Ney de Mello. op. cit., 2006. p.189: este civilista esclarece que, como o cônjuge supérstite passou a ser herdeiro necessário, segue-se pesa sobre ele a obrigação de colacionar.

doação em favor do marido e da mulher, de forma conjunta, quando da ocorrência do óbito de um dos cônjuges, deve ser resolvida com aplicação do parágrafo único do artigo 551 do atual Código Civil.

Compete observar que o artigo retro citado estabelece que, no silêncio do contrato, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual, e se os donatários, em tal caso, como fixa o parágrafo único do mencionado dispositivo, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens.

O *caput* do artigo em questão cuida da doação conjuntiva, feita em comum e em simultâneo a mais de um donatário, com a presunção de que seja distribuída em partes iguais entre eles, salvo cláusula dispondo diferentemente a proporção dos valores.<sup>214</sup>

Constata-se, no parágrafo único do artigo supracitado, ser caso de direito de acrescer entre cônjuge, já que uma leitura de Sebastião Amorim e Euclides Benedito de Oliveira permite entender que está no direito de acrescer o motivo da não inclusão dos bens doados a marido e mulher no inventário e partilha decorrentes do falecimento de um deles, porque, afinal, a doação subsistirá na totalidade para o cônjuge sobrevivente.<sup>215</sup>

No entanto, se a doação foi feita a um dos cônjuges, oriundos por exemplo de um casamento pelo regime de comunhão de bens, quando da abertura da sucessão, a parte do falecido será levada a inventário e o cônjuge sobrevivente terá direito a meação e, assim, inaplicável o direito de acrescer, visto que tal instituto de Direito

---

<sup>214</sup> Cf. FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.489.

<sup>215</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. p.322.

Civil exige pluralidade de donatários, o que no caso não se verifica.<sup>216</sup>

As conseqüências jurídicas do direito de acrescer na doação entre marido e mulher são relevantes na medida em que se retira o bem do acervo hereditário e torna a transferência ao cônjuge sobrevivente de forma “automática”. O comentário de Nelson Rosenvald sobre o artigo 551 do Código Civil vigente leva a entender que coincidirá o direito de acrescer apenas quando os donatários forem marido e mulher, prestigiando-se o cônjuge sobrevivente com a integralização da doação, desconsiderando-se os sucessores do falecido. Todavia, acrescente-se que, independentemente da qualificação dos donatários, a autonomia privada do doador permite a estipulação de cláusula expressa de direito de acrescer sobre o bem doado, seja no próprio título constitutivo da doação, seja em posterior testamento.<sup>217</sup>

Ainda sobre o assunto, salutar se torna buscar o auxílio de Jones Figueiredo Alves, o que propicia o entendimento de que, sendo obrigação divisível, poderá o doador dispor que a parte do que falecer acresça a dos donatários sobreviventes, tal como ocorre na reversão em benefício dos usufrutuários sobreviventes, havendo disposição expressa.<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> Nesse sentido, cf. o seguinte acórdão: Superior Tribunal de Justiça - 3ª Turma - Recurso Especial nº 6.358/SP - J. 17/06/1991, sob a égide do Código Civil de 1.916: o parágrafo único do art. 1.178 do CC somente tem aplicação quando figurarem como donatários ambos os cônjuges. Quando, no entanto, somente um deles aceitou a doação, há comunicabilidade do bem doado no monte hereditário, para a composição da meação e das legítimas dos herdeiros, em caso de morte de qualquer dos cônjuges. Conflito aparente com o art. 262 do CC, a determinar interpretação estrita do primeiro dispositivo. (STJ. REsp. n.6.358/SP, 3ª T, j. 17.06.1991); Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 324.593-SP (2001/0065962-3) - Relatora: Ministra Nancy Andrighi – 16/09/2003. Ementa: Civil - Recurso Especial – Inventário - Imóvel obtido pelo falecido mediante doação - Único donatário - Subsistência da doação em relação ao seu cônjuge, com base no art. 1.178, parágrafo único do CC. Impossibilidade: a aplicação do art. 1.178, parágrafo único do CC, no sentido de subsistir a doação em relação ao cônjuge supérstite, condiciona-se ao fato de terem figurado como donatários marido e mulher. No contrato de doação, se apenas o marido figura como donatário, ocorrendo a morte deste, eventual benefício à mulher somente se configurará se o regime de bens, estabelecido no matrimônio, permitir.

<sup>217</sup> ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.434.

<sup>218</sup> ALVES, Jones Figueiredo Alves. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). op. cit. p.489.

Desta forma, quando realizada doação em favor de ambos os cônjuges e falecendo um deles, a sucessão não seguirá a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil vigente, mas subsistirá a totalidade da doação em favor do cônjuge sobrevivente, tornando-o automaticamente o único proprietário do bem.<sup>219</sup>

---

<sup>219</sup> Cf. GLAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.100: este autor entende que “essa norma causa certa perplexidade, pois excepciona o regime legal sucessório (arts. 1.829 e s.) e acaba por colocar, nesse particular, o cônjuge sobrevivente em situação mais cômoda do que a dos demais herdeiros necessários, especialmente os descendentes, que não terão direito ao bem doado.”

## 7 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE SEPARADO

Apesar do cônjuge sobrevivente figurar como herdeiro necessário, conforme a ordem de vocação hereditária, prevista no artigo 1.829 do atual Código Civil, é de se pressupor, com base em Fernando Gaburri de Souza Lima, ser requisito de sua participação na herança do *de cujus* a constância, tanto de fato quanto de direito, do cumprimento das obrigações inerentes ao casamento.<sup>220</sup>

Dessa forma, dispõe o artigo 1.830 da mesma norma legal que:

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

No entanto, existem alguns aspectos relativos à sucessão do cônjuge, seja na separação de fato ou judicial, bem como no casamento putativo, que merecem destaques.

### 7.1 Da separação judicial

A separação judicial, requerida por um dos cônjuges ou por mútuo consentimento, consoante disposição contida no artigo 1.576 do atual Código Civil, põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, bem como ao regime de bens. Aqui é interessante destacar que tramita pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.945/05, de autoria de Antonio Carlos Biscaia, apresentado em

---

<sup>220</sup> LIMA, Fernando Gaburri de Souza. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). **Direito civil**. São Paulo: Método, 2006. p.890.



23/03/2005, pretendendo alterar os artigos 1.564, 1.571, 1.572 e 1.578 do Código Civil vigente, além de acabar com a imputação de culpa e permitir a separação ou divórcio independente do tempo do casamento.

Também não se pode deixar de expor que uma leitura de Carlos Roberto Gonçalves leva a entender que, mesmo havendo a separação judicial do casal, permanecem entre eles outros três deveres, impostos pelo artigo 1.566 do Código Civil vigente, a saber: a mútua assistência; o sustento, guarda e educação dos filhos; e o respeito e consideração mútua.<sup>221</sup>

Ao cuidar da sucessão do cônjuge, mister se faz destacar que a separação judicial vem a ser um critério objetivo de afastamento do cônjuge sobrevivente ao direito de herança, uma vez que põe termo ao regime de bens anteriormente existente, mas deve-se observar que a separação judicial somente produzirá efeitos de exclusão do cônjuge sobrevivente da sucessão apenas após sua homologação, quando se tratar de separação consensual, e após o trânsito em julgado da sentença declaratória de dissolução de sociedade conjugal, se for o caso de separação litigiosa.

Situação importante a ser observada é a possibilidade de falecimento de um dos cônjuges durante a pendência de homologação da separação de mútuo consentimento ou de trânsito em julgado da sentença judicial de decretação de dissolução da sociedade conjugal. Nesse caso, baseando-se em Fernando Gaburri de Souza Lima, entende-se que a morte absorve a sociedade conjugal e seus efeitos são mais amplos, restando, assim, o supérstite como herdeiro do *de cujus*.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.192.

<sup>222</sup> LIMA, Fernando Gaburri de Souza. Questões Controvertidas sobre a Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). **Direito civil**. São Paulo: Método, 2006. p.891.

Aqui cabe apresentar uma interessante ilustração a ser analisada quando ocorrer a hipótese da separação judicial, na qual no decorrer do tramite processual as partes concordam com a separação consensual, pleiteando sua homologação. No entanto, homologada a separação, uma das partes ingressa com recurso de apelação pleiteando, por exemplo, a anulação de cláusula de alimentos ou visitas. Processado o apelo, logo em seguida ocorre o óbito do separado e o recurso é julgado extinto. O cerne da questão está em definir se a ausência do trânsito em julgado da sentença que homologou o acordo de separação, por conta da parcial irresignação do autor em relação à cláusula de visitas, por exemplo, impede que o considere separado judicialmente.

Situação análoga já foi debatida em apelação interposta perante o Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>223</sup>, originada de sentença na qual entendeu o juiz de primeiro grau que, no recurso interposto contra a sentença homologatória, que decretou a separação do casal, não havia nenhuma insurgência contra a separação, tendo sido aceita e, assim, operada a coisa julgada.

Porém, o STF decidiu com fulcro em outro precedente da Corte (Recurso Especial nº 239.195/SP), relatado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito<sup>224</sup>, entendendo que a sentença homologatória da separação consensual, no caso, não

---

<sup>223</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - Decisão da 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 480.051.4/9-00 Relator: Desembargador A. C. Mathias Couto - Decisão de 28/03/2007 - Ementa: Retificação de registro - Assento de óbito - Acordo de separação consensual homologada, sem trânsito em julgado em razão de interposição de recurso - Notícia do falecimento neste interregno - Separação que não se efetivou - Acolhimento do pedido para ser retificado o assento de óbito do varão, para constar que o falecido era casado.

<sup>224</sup> Supremo Tribunal Federal - Recurso Especial nº 1999/015653-5 - Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes - Ementa: Ação de divórcio direto - Legitimidade do espólio - Habilitação - Ausência de impugnação - Coisa julgada - Falecimento do varão antes do julgamento dos recursos contra o despacho que não admitiu os especiais - Precedente da Corte: 1 - Tendo o espólio requerido a sua habilitação oportunamente, sem a devida impugnação da parte interessada, não pode mais o tema ser renovado no âmbito especial. 2 - Falecendo o varão antes de transitada em julgado a decisão que concedeu o divórcio, embora em execução provisória, porque pendente o julgamento de recursos contra os despachos que não admitiram os especiais, o estado civil do cônjuge sobrevivente é de viúva, não de divorciada.

transitou em julgado, pela interposição de recurso e ante a morte do varão anteriormente à data em que tal ocorreria, impondo-se que o mesmo era casado, quando do óbito.

Outro caso interessante, também decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>225</sup>, é um originário de Agravo de Instrumento interposto contra decisão monocrática que deferiu a inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro no arrolamento, na pendência de ação na qual as partes transigiram e aguardavam a homologação para a separação consensual do casal, bem como partilha amigável de bens.

Neste caso ocorreu que o juízo monocrático, com a notícia do falecimento da *de cujus*, julgou extinto o processo de separação com fulcro no artigo 267, inciso IX<sup>226</sup>, do Código de Processo Civil e, em relação ao plano de partilha apresentado, homologou-o nos termos do artigo 269, inciso III<sup>227</sup> do mesmo Codex.

Assim, a discussão surge em saber os direitos sucessórios do cônjuge em direito de meação e sucessão.

Considerando-se que o direito de meação decorre do regime de bens do casamento e corresponde aos bens que seriam atribuídos ao cônjuge sobrevivente, ainda que o casamento tivesse sido dissolvido em vida, no que se refere à meação restou decidido, uma vez ter sido objeto da homologação judicial efetivada na separação judicial mediante acordo, entabulado entre as partes; os direitos

---

<sup>225</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo - 5ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 444.828-4/1-00, datado de 25/10/2006 - Relator: Desembargador Dimas Carneiro. Ementa: Arrolamento - Viúvo - Herdeiro - Separação judicial - Falecimento ocorrido antes da homologação judicial de acordo entabulado entre as partes - Extinção da ação de separação e homologação da partilha de bens - Distinção entre os direitos de meação e sucessório - Ausência do direito sucessório - Art. 1.830 do CC Atual - Exclusão do agravado do procedimento de arrolamento - agravo provido.

<sup>226</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: [...] IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal.

<sup>227</sup> Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento do mérito: [...] III - quando as partes transigirem.

sucessórios seguem as regras do 1.829, inciso I, do atual Código Civil, no qual resta saber, em relação aos bens não abrangidos pela meação, da existência de direito sucessório.

No caso em tela, o regime de bens do casamento celebrado entre o recorrente e a *de cujus* era o de comunhão parcial de bens e, ao tempo do falecimento, o casal estava separado de fato e aguardava homologação judicial do acordo para separação consensual; por esse motivo, mesmo que o cônjuge sobrevivo ostentando à data do óbito o estado civil de casado, a decisão entendeu aplicável o disposto do artigo 1.830 do Código Civil vigente, não sendo considerado demasia, para resgatar o texto, sua transcrição:

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.

Por outro lado, quando se tratar de separação consensual, é coerente recorrer aos sólidos conhecimentos de José Luiz Gavião de Almeida, no qual convence que a sentença homologatória retroagirá à data do acordo, que não pode mais ser desfeito e, assim, eventual falecimento entre a ratificação do acordo e a sentença não impede os efeitos desta, que retroagem à data daquele e, com isso, afastam o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.<sup>228</sup>

É importante destacar que, com a edição da Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, instituiu-se o procedimento administrativo a possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual, perante o Tabelião de Notas em forma de escritura pública.

---

<sup>228</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.215.

Esta Lei acrescentou o artigo 1.024-A ao Capítulo III (Da separação Consensual), Título II (Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária), do Livro IV do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

Obtempera o §1º do referido artigo que a escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.<sup>229</sup>

Assim, considera-se o casal separado consensualmente nos termos da Lei 11.441/07, no ato da lavratura da escritura pública, uma vez que nesse caso não ostenta trânsito em julgado; no entanto, é indispensável averbação da mesma perante o registro civil das pessoas naturais.

Vale destacar que se trata de uma via facultativa, não retirando das partes a opção pela via judicial, uma vez que o artigo 1.120 (e parágrafos) do Código de Processo Civil<sup>230</sup> continua configurando como um Procedimento Especial de Jurisdição Voluntária.

Outro fator importante a ser considerado na separação judicial, quando já tenha ocorrido o trânsito em julgado, diz respeito à possibilidade do restabelecimento da

---

<sup>229</sup> Os parágrafos 2º e 3º do art. 1.024-A, assim dispõe: §2º - O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial; §3º - A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

<sup>230</sup> Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuge. §1º. Se os cônjuges não puderem ou não souberem escrever, é lícito que outrem assine a petição a rogo deles; §2º. As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão reconhecidas por tabelião.

sociedade conjugal, conforme dispõe o artigo 1.577 e parágrafo único do Código Civil vigente, correspondente à previsão contida no artigo 46 e parágrafo único da Lei do Divórcio, estabelecendo que “seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separação, seja qual for o regime de bens”.

Nesses termos, observa-se que a única exigência legal para o restabelecimento da sociedade conjugal é o requerimento apresentado pelos ex-cônjuges por petição em juízo, não exigindo o comparecimento pessoal das partes perante o juiz para ratificação do pedido.

Aproveitando-se oportunamente da experiência de Pontes de Miranda é possível compreender que, cessada a separação judicial, isto é, restaurada juridicamente a sociedade conjugal, readquire cada cônjuge o direito de suceder ao outro. Não basta a reconciliação de fato, nem o pedido de reconciliação, ainda que mandado tomar por termo, pois se exige homologação pelo juiz para que a reconciliação juridicamente se perfeça e, além dela, a averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais, para eficácia *erga omnes*, consoante disposição contida no artigo 29, §1º, letra “a”, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos).<sup>231</sup> O referido artigo assim dispõe:

Art. 29. Serão registrados no Registro Civil de Pessoas Naturais:

[...]

§1º. Serão averbados:

a) as sentenças que decidirem a nulidade ou anulação do casamento, o desquite e o restabelecimento da sociedade conjugal;

---

<sup>231</sup> PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito de família**. Campinas, SP: Bookseller, 2001. p.540.

Importante ressaltar que podem ocorrer casos especiais. Na hipótese de requerimento de restabelecimento da sociedade conjugal antes da morte de um dos cônjuges, por exemplo, o qual ainda não tinha sido homologado.

Nesse caso, uma vez demonstrado que o pedido segue os moldes do artigo 46 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio)<sup>232</sup>, o elemento volitivo da reconciliação deve prevalecer, e assim, a homologação posterior não impedirá o direito sucessório.<sup>233</sup>

Promovendo a devida continuidade ao assunto, sugere-se um outro exemplo fictício, que envolve um casal separado judicialmente, depois de deliberadas todas as questões da partilha de bens do mesmo; porém, após seis meses do trânsito em julgado da separação, voltam a viver como marido e mulher, sendo que nesse novo período o casal adquire vários bens imóveis. No entanto, não regularizam o restabelecimento da sociedade conjugal, nos termos do artigo 46, da Lei 6.515/77, já recém debatido, e permanecem convivendo maritalmente. Após alguns anos de convivência uma das partes falece e, conseqüentemente, abre-se a sucessão.

Considerando-se que não houve restabelecimento formal da sociedade conjugal e que o período de convivência do casal, após a separação judicial, restou caracterizado como união estável, devidamente reconhecida; dessa forma, o direito

---

<sup>232</sup> O Estado pode ser responsabilizado pela morosidade processual se infringir o art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004: Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. No entanto, cabe esclarecer que é preciso, estabelecer-se o nexos causal entre o fato, a demora justificada e o dano provocado ao autor pela indefinição ou morosidade na solução da lide. Se não atendida a duração razoável, entende-se que se impõe a verificação de sua real causa: excesso de feitos com inadequada máquina judiciária; expedientes protelatórios utilizados por uma das partes; e desídia do magistrado.

<sup>233</sup> O Tribunal de Justiça de Minas Gerais possui decisão nesse sentido, datada de 01/02/2007, no entanto, seu tramite ocorreu em segredo de justiça, motivo pelo qual não se faz referência ao nº do acórdão.

sucessório do cônjuge sobrevivente deverá ser resolvido nos moldes do disposto pelo artigo 1.790 do Código Civil vigente<sup>234</sup>, que regula a sucessão dos companheiros.<sup>235</sup>

Do mesmo modo, o provimento da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, nº 33/07<sup>236</sup>, de 17 de dezembro de 2007, seção X, no item 148, permite o restabelecimento da sociedade conjugal por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

O item 151 do mesmo provimento ainda estabelece que em escritura pública de restabelecimento deva constar expressamente que em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens, consoante artigo 1.577, parágrafo único, do atual Código Civil.

Realizadas as considerações até aqui expostas, e que guardam estreita relação com o tema central da presente pesquisa, oportuno se torna ressaltar que tramita pelo Congresso Nacional uma proposta de Emenda Constitucional (nº 33/2007, apresentada em 10 de abril de 2007) de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, com o intuito de alterar o §6º do artigo 226 da Constituição Federal, propondo o seguinte texto: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo

---

<sup>234</sup> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a 1/3 (um terço) da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

<sup>235</sup> Encontra-se decisão nesse sentido, muito embora discutindo sobre pensão por morte. Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo - 3ª Câmara de Direito Público - Apelação Cível nº 316.906-5/9-00 - Relator: Desembargador Marrey Uint - Ementa: Pensão - Renúncia de alimentos em separação judicial - União Estável após a separação - Comprovação - Proteção constitucional ao casamento - Pensão devida - Manutenção da sentença - Recurso não provido. Data: 30/10/2007.

<sup>236</sup> Referidos itens seguem as Conclusões do Grupo de Estudos instituídos pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado, por meio da Portaria nº 01/2007, bem como o deliberado no Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, publicada no Diário Oficial do dia 19 de dezembro de 2007.



divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. O texto original, consoante à referida Carta Magna, possui atualmente a seguinte redação:

Art. 226. A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado.

[...]

§6. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Ainda em relação à referida proposta de Emenda Constitucional, ressalte-se que ela pretende eliminar a separação judicial. Se aprovada, o casal vai poder divorciar-se, sem a observância dos pressupostos legais existentes na atual legislação, dessa forma, o restabelecimento da sociedade conjugal se dará somente com a realização de novo casamento.

Esta proposta justifica-se em função da imposição da unificação do divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. Entende-se, assim, que a submissão das partes a dois processos (separação e conversão em divórcio) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

## **7.2 Da separação de fato**

Pode-se considerar separação de fato quando um casal passa a viver temporariamente ou definitivamente separado, de forma independente e deixando o convívio matrimonial; contudo, não oficializam judicialmente a separação e, conseqüentemente, permanecem “casados” no âmbito da esfera civil, mantendo-se válido e existente o vínculo matrimonial. Embora civilmente casados, os laços afetivos se desintegram, os objetivos não são mais comuns e normalmente cada

qual passa a construir uma outra vida, da qual o parceiro não mais faz parte e, não raras vezes, convivendo com terceira pessoa.

Nesse sentido, analisou-se no capítulo 3 (item 3.1.6) da presente pesquisa sobre a possibilidade de concorrência sucessória entre o cônjuge separado de fato e o companheiro, justamente sob a análise da previsão contida na segunda parte do artigo 1.830 do atual Código Civil, o qual defere a sucessão ao cônjuge separado de fato.

É norma que se o casal estiver separado (de fato) há mais de dois anos, não terá o cônjuge sobrevivente direito à herança, salvo se comprovar que a convivência se tornara impossível sem culpa da parte interessada. Contudo, o próprio legislador permitiu que, em casos de separação fática por prazo superior a dois anos, poderá o tal agente ser chamado à sucessão como herdeiro necessário, se comprovar que não deu causa à ruptura da vida em comum.

Pode até ser considerado um momento de disparate do legislador quanto a essa disposição, pois uma simples leitura em Mauro Antonini leva a entender que, primeiramente, há incoerência na fixação do prazo de dois anos, pois o decurso do prazo de um ano de separação de fato é suficiente para se postular separação judicial litigiosa, sem perquirição de culpa, no pressuposto de que, transcorrido o esse prazo, não há mais a comunhão plena de vida, efeito do casamento que, pelo artigo 1.511 do atual Código Civil, “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Segundo, pelo fato de que a discussão sobre a ausência de culpa do sobrevivente, pela separação de fato, venha

a paralisar o inventário por muito tempo, bem como a causar constrangimento, uma vez que o autor da herança já não está presente para defender-se.<sup>237</sup>

A possibilidade do reconhecimento sucessório ao cônjuge separado de fato há mais de dois anos com a prova de culpa, mostra-se contrária às tendências modernas do Direito de Família, segundo as quais o Estado deve interferir o menos possível na vida íntima das pessoas, especialmente na discussão sobre quem foi o culpado pela falência do casamento.<sup>238</sup>

Com base na coerência de Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, deve-se lembrar que para a separação de fato não há que se ingressar, como de praxe durante a vigência do Código Civil de 1916, com ação cautelar de separação de corpos para comprovação deste tipo de separação, pois ela é presumida pela lei em razão do rompimento há mais de dois anos, tal como no divórcio direto, mediante produção de prova, até da ausência de culpa, mesmo que esse prazo ocorreu.<sup>239</sup>

Consigna-se, assim, que o artigo 1.830 do atual Código Civil gera insegurança jurídica, pois a indagação da culpa exigiria um debate exaustivo *post mortem* sobre intimidades conjugais não ventiladas em vida. Ressalte-se que a prova da separação de fato no juízo de inventário dependerá de documento comprobatório, pois não poderá o juiz decidir questão de fato não provada por documento, somente como mera alegação de que o autor da herança e o eventual cônjuge sobrevivente estavam separados de fato, por exemplo há mais de 20 anos, sem que seja provada a culpa do falecido.

---

<sup>237</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1825.

<sup>238</sup> Ibidem. p.1826.

<sup>239</sup> DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. op. cit. p.108.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu em ação que se discutia<sup>240</sup> a exclusão da herança de cônjuge separado de fato há mais de dois anos, e que não existindo prova alguma da alegada separação de fato, a fim de que se dê a exclusão do cônjuge sobrevivente do processo de inventário, é necessário que antes, nas vias ordinárias, seja declarada a alegação da separação de fato.

Entende-se inoportuna para tal discussão, uma vez que as referidas questões, quando discutidas em processo de separação, tramitam em segredo de justiça e, conseqüentemente, os acontecimentos não são de conhecimento público.

Sabe-se, no entanto, que em se tratando de herança, é possível a indagação e discussão que afetam a intimidade do autor da herança, como é o caso da exclusão do herdeiro indigno e da nulidade do casamento, sem que nunca se tenha dito sobre tais fatos.

Também há que se sustentar pela alteração do dispositivo no sentido de retirar o prazo de dois anos da separação de fato, bem como a discussão da culpa, por contrariar toda a sistemática do Direito de Família, bem como sobre a possibilidade, já estudada, do cônjuge separado de fato ter constituído união estável, previsão contida no artigo 1.723, §1º, do atual Código Civil.

---

<sup>240</sup> Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 6ª Câmara Cível - Agravo nº 1.0188.06.050679-0/001. Relator: Desembargador Maurício Barros - J. 03/07/2007. Ementa: Direito Civil - Sucessão – Arrolamento - Cônjuge Sobrevivente - Separação de Fato - Ausência de Prova - Decisão Mantida: no juízo do inventário não pode ser decidida questão de fato não provada por documento, como a alegada separação de fato do meeiro e da

### 7.3 Do casamento putativo

Casamento putativo é aquele contraído de boa-fé pelos cônjuges, que ignoram circunstâncias que o tornam nulo ou anulável. Em razão da boa-fé dos contraentes, o casamento aparenta ser verdadeiro, válido, mas não o é.<sup>241</sup>

Buscando uma definição mais técnica, é conveniente amparar-se em De Plácido e Silva, para quem putativo, na significação jurídica, “gera uma *reputação de real* a respeito da coisa ou do fato, para que surta certos efeitos jurídicos”.<sup>242</sup>

No que tange ao direito sucessório, na ocorrência do casamento putativo<sup>243</sup>, aplica-se o dispositivo no artigo 1561 do atual Código Civil, ou seja, ao cônjuge de boa-fé serão assegurados todos os direitos sucessórios, desde que a sentença que invalide o casamento venha a ser proferida ou a transitar em julgado em data posterior à abertura da sucessão.

Basta uma simples leitura em Mário Luiz Delgado para entender que a “previsão” pode gerar situações esdrúxulas, como a hipótese em que o *de cuius* vem a falecer deixando dois cônjuges: o verdadeiro e o putativo, ambos legitimados a sucedê-lo. A divisão da herança, para a maioria dos autores, deve ser feita em partes iguais, ou seja, o quinhão do cônjuge será repartido em duas partes.<sup>244</sup>

Entretanto, o cônjuge de má-fé não sucederá o de boa-fé, uma vez que os efeitos civis da putatividade não lhe aproveitarão, de acordo com Código Civil

---

falecida, há mais de dois anos. Tal questão dever ser objeto de ação declaratória, nas vias ordinárias, conforme determina o art. 984 do CPC.

<sup>241</sup> Cf. FILHO, Milton Paulo de Carvalho. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1.492.

<sup>242</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. op. cit. p.662.

<sup>243</sup> PONTES DE MIRANDA. op. cit., 2001. p.412: para este autor, putativo “significa reputado ser o que não é, imaginário, fictício (de *putare*, pensar, imaginar).”

<sup>244</sup> DELGADO, Mário Luiz. op. cit. p.201.

vigente, em seu artigo 1561, §2º, ainda que a sentença de invalidade só venha a ser proferida em data posterior à morte do autor da herança.

Porém, se o casamento for declarado nulo ou anulado antes da abertura da sucessão, ou seja, se o matrimônio for declarado putativo em vida dos consortes, extinto será o direito sucessório e o cônjuge sobrevivente, embora de boa-fé, não sucederá ao culpado, desaparecendo o direito hereditário que havia entre eles.<sup>245</sup>

---

<sup>245</sup> DELGADO, Mário Luiz. op. cit. p.201.

## 8 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO CÔNJUGE DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

Primeiramente, antes mesmo de uma inserção consubstancial no assunto, válido se torna apoiar-se em Arnaldo Rizzardo para apreender que, em princípio, havendo parentesco até determinado grau, existe o direito de suceder. A regra é a capacidade. Estar viva e ter um parentesco específico são requisitos bastantes para a pessoa adquirir a capacidade, que deverá ser considerada ao tempo da abertura da sucessão, ou regulando-se conforme a Lei então em vigor.<sup>246</sup>

Muito embora a lei enumere os graus de parentesco e a ordem de vocação hereditária, podem ocorrer razões especiais ou particulares, estranha à vontade do herdeiro, que determinam sua exclusão do direito de herança. É coerente o posicionamento de Mauro Antonini, de quem se apreende que se justifica a sanção em casos nos quais a lei considera que houve, por parte do sucessor, ingratidão incompatível com a sucessão, em face do autor da herança ou familiares próximos dele.<sup>247</sup>

Referidas razões estão expressamente previstas em capítulo próprio do Código Civil vigente (Dos excluídos da sucessão), que correspondem aos casos de “indignidade”, previstos nos artigos 1.814 a 1.818, e de “deserdação”, constantes nos artigos 1.961 a 1.965.

São excluídos da sucessão os herdeiros e legatários que tiverem praticado atos criminosos, ofensivos e desabonadores, extremamente graves contra a pessoa, a dignidade ou os interesses do autor da herança, ou de membros da família deste,

---

<sup>246</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.87.

<sup>247</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1805.

sendo considerados indignos ou deserdados. O legislador apresenta o rol das causas que levam o herdeiro necessário, descendentes e ascendentes, a serem excluídos da sucessão, mas existe a omissão em relação às causas e à aplicação das sanções ao cônjuge sobrevivente, mesmo sendo elevado à categoria de herdeiro necessário.

Diante do exposto, a seguir serão estudados de forma distinta os casos de indignidade e deserdação, considerando se haverá (ou não) a possibilidade da extensão da sanção ao cônjuge sobrevivente.

### **8.1 Sobre a indignidade**

Os atos ofensivos praticados por herdeiros à pessoa de quem ele sucederia, acarretará sua exclusão da herança pela “indignidade” e, sobre isso, nada mais eficaz que basear-se em José Luiz Gavião de Almeida, explicando com propriedade que a indignidade é a privação do direito à herança, cominada por lei e aliada à vontade do beneficiado, a quem cometeu atos ofensivos ao sucedido.<sup>248</sup>

Na busca constante de propiciar ao leitor uma compreensão mais abrangente do assunto, também é possível amparar-se em Carlos Roberto Gonçalves para entender que a indignidade é um instituto próximo da falta de legitimidade para suceder, o qual tratava o Código Civil de 1916. Tal amparo também leva a compreensão de que alguns autores chegam a considerá-los institutos equivalentes e outros, com maior razão, os distinguem, definindo a ausência de legitimação para suceder como a “inaptidão de alguém para receber a herança” por motivos de ordem

---

<sup>248</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.156.



geral, independente de seu mérito ou demérito; e a exclusão por indignidade pode ser vista como a “perda dessa aptidão” por culpa do beneficiado.<sup>249</sup>

O atual Código Civil brasileiro considera atos ofensivos ou de indignidade aqueles previstos em seu artigo 1.814. Assim, o rol contido neste artigo considera, de forma taxativa, que serão excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso (ou tentativa deste), contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

Também inclui no rol os que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra (ou de seu cônjuge ou companheiro) e que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Ainda subsidiando-se em José Luiz Gavião de Almeida, entende-se que a indignidade que acarretará a perda do direito sucessório aplica-se à sucessão legítima e à sucessão testamentária, e produz-se por causas concomitantes à morte do autor da herança, podendo-se considerar até mesmo causas posteriores reconhecidas como provocadoras de indignidade.<sup>250</sup>

Conquanto o legislador tenha previsto as causas que acarretam a indignidade, essa deverá ser reconhecida e decretada por sentença de natureza declaratória, conforme previsão contida no artigo 1.815 do atual Código Civil, com prazo decadencial de quatro anos. Tal artigo possui sua redação no seguinte formato:

---

<sup>249</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.101.

<sup>250</sup> GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. op. cit. p.157.

A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.  
Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

O já revogado Código Civil de 1916 impunha que a aplicação da sanção por indignidade deveria ser através de decisão proferida em ação ordinária, instaurada especialmente para esse fim.

No entanto, quanto à pretensão de exclusão do herdeiro ou legatário exigir provas que, se promovidas no inventário, possam causar tumulto a esse feito, a ação deve ser própria. Em suma, declarada por sentença, conseqüentemente, o herdeiro é considerado como se morto fosse, produzindo efeitos pessoais ao indigno e, assim, procedendo-se à atribuição de sua quota aos eventuais descendentes<sup>251</sup>, que herdaram por estirpe<sup>252</sup>, conforme o disposto no artigo 1.816 do Código Civil vigente.<sup>253</sup>

Por derradeiro, cabe destacar sobre a possibilidade do alcance da norma em comento relativamente ao cônjuge, muito embora o legislador não tenha sido categórico a respeito; entende-se, pela redação do artigo 1.814 do Código Civil vigente, que herdeiros são aqueles elencados na ordem de vocação hereditária,

---

<sup>251</sup> Por oportuno, ressalte-se que tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 273/2007, que pretende alterar o artigo 1.816 do Código Civil, para estender aos descendentes do herdeiro indigno os efeitos da sentença que o tenha excluído da sucessão. O autor do Projeto, Senador Valdir Rauup, justifica a pretensão da alteração sustentando que: "parece-nos indefensível que indivíduos que, em princípio, direito algum teriam na sucessão passem a deter tal prerrogativa como decorrência imediata do fato de serem descendentes daquele que, afinal, foi responsável doloso pela morte do autor da herança, convertendo-se, desse modo, em instrumentos que permitirá ao assassino beneficiar-se, indiretamente, de sua própria torpeza. Fonte: Secretaria Geral da Mesa - Sistema de Tramitação de Matérias. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

<sup>252</sup> Cf. Tribunal de Justiça de São Paulo - 5ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 189.423.4/5-00 - Relator: Desembagador A. C. Mathias Coltro - J. 22/11/2006 - Ementa: Declaratória e oposição - Apelantes que pleiteam reconhecimento de seus direitos hereditários em decorrência da declaração de indignidade de seu pai - Impossibilidade - Autores que sequer eram nascidos quando da ocorrência do óbito dos avós - Recurso improvido.

<sup>253</sup> Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit., 2005a. p.63.

previstos no artigo 1.829 da mesma norma legal. Nesse sentido, o cônjuge, elevado à categoria de herdeiro necessário, pode perfeitamente ser privado do direito sucessório, caso tenha praticado as causas taxativas que acarretam a exclusão, pela indignidade, atingindo, assim, sua cota hereditária que vier a receber em concorrência com descendentes ou ascendente.

## 8.2 Sobre a deserdação

Opera-se a exclusão da sucessão por casos raros e expressos<sup>254</sup>, sendo permitido por lei que o testador, por testamento, prive seus herdeiros necessários não só da quota disponível, como até mesmo da legítima, por intermédio da deserdação. Também é adepto deste posicionamento o doutrinador Silvio Rodrigues, para quem a deserdação é o ato pelo qual alguém, apontando como causa uma das razões permitidas em lei, afasta de sua sucessão, por meio de testamento, um herdeiro necessário.<sup>255</sup>

Entretanto, cabe antes ressaltar que existe distinção entre deserdação e indignidade, ou seja, enquanto a exclusão por indignidade é instituto que, por intermédio de sentença declaratória, afasta da sucessão tanto herdeiros legítimos quanto os testamentários, a deserdação é fundamentalmente matéria do direito testamentário, onde os herdeiros e as causas deverão constar expressamente de testamento, deixado pelo autor da herança.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

<sup>255</sup> RODRIGUES, Silvio. op. cit. p.253/254.

<sup>256</sup> Ibidem. p.254.

A deserdação é tratada pelo atual Código Civil<sup>257</sup> no título “Da sucessão testamentária”, conforme disposições contidas nos artigos 1.961 a 1.965, ou seja, dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes pelos descendentes, o que significa dizer, segundo alguns estudiosos do Direito, que não existe nesta normativa legal dispositivo prevendo as causas de deserdação do cônjuge.

Assim, contempla o artigo 1.962 da mesma norma legal que, além das causas aplicadas à indignidade, mencionadas no artigo 1.814, autoriza a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, a ofensa física, a injúria grave<sup>258</sup>, as relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, e o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Dando o merecido seguimento ao assunto, o artigo 1.963 do Código Civil vigente dispõe sobre a possibilidade de deserdação dos ascendentes pelos descendentes, ou seja, quando os primeiros praticarem ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou do neto, com o marido ou companheira da filha ou da neta, e quando desamparar o filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

---

<sup>257</sup> Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendentes em alienação mental ou grave enfermidade.

<sup>258</sup> Cf. as seguintes decisões: Tribunal de Justiça de São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento nº 424.617.4/2 - Relator: Desembargador Silvio Marques Neto - Data: 29.08.2007 - Ementa: Deserdação Testamentária - Termo de declaração firmado por filho e neta da de cujus reconhecendo a deserdação em razão das calúnias e injúrias indevidas praticadas por ele contra seus pais - Termo não assinado no dia - Pedido de dilação de prazo para assinatura deferido - Informação da ilustre magistrada de que a assinatura foi colhida entre a data da publicação do despacho que concedeu a dilação do prazo (05.09.05) e à decisão seguinte, proferida em 15.05.05 - Inexistência de outras provas que ensejassem a declaração de nulidade do termo - Recurso de instrumento improvido; Tribunal de Justiça de São Paulo - 10ª Câmara de Direito Privado - Apelação Cível nº 452.398-4/1-00 - Relator: Desembargador Carvalho Viana. Ementa: Medida Cautelar - Produção antecipada de prova - Exclusão do único herdeiro da sucessão, sob alegação de comportamento indigno - Provas já produzidas, não havendo como desfazer o que já foi feito, restando prejudicada a alegada desistência do recurso - Recurso improvido. Data: 08.05.2007

Uma leitura rápida em Carlos Roberto Gonçalves leva a entender que o herdeiro necessário é aquele que tem direito à legítima correspondente à metade da herança, assim detendo tal condição os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme o disposto no artigo 1.845 do atual Código Civil. Também se pode apreender do doutrinador que a lei restringe a liberdade de testar de quem tenha tais herdeiros, impedindo-o de dispor de mais da metade da herança (artigo 1.789 do mesmo Código), pois a outra metade a eles pertence de pleno direito, constituindo a legítima (artigo 1.846 da mesma norma legal).<sup>259</sup>

Não obstante seja essa a classificação dos herdeiros necessários, importa destacar que o legislador esqueceu-se de prever hipótese de deserdação do cônjuge, atualmente elevado à categoria de herdeiro necessário; com isso, a lacuna existente, enquanto não preenchida, pode ser aplicada pela interpretação doutrinária, a qual apresenta entendimentos divergentes. Mauro Antonini, por exemplo, expõe que o Projeto de Lei n. 6.960/2002 prevê a criação do artigo 1.963-A, incluindo hipótese de deserdação do cônjuge. Daí a se entender que, até que seja acrescido esse artigo, as causas de deserdação do cônjuge são exclusivamente as de indignidade.<sup>260</sup>

No mesmo sentido, apresentando solução em virtude da omissão do legislador, Euclides Benedito de Oliveira vem contribuir com a discussão, pois dele se apreende que devam ser aplicadas ao cônjuge as causas que servem à indignidade, mas não as demais, relativas unicamente à deserdação dos descendentes e ascendentes, o que significa uma falha de previsão legislativa, pois é bem possível que venha o cônjuge a incidir numa daquelas condutas, que seriam

---

<sup>259</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit. p.1902.

<sup>260</sup> ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). op. cit. p.1902.

naturalmente gravosas à pessoa do autor da herança, tanto quanto o são os parentes mencionados.<sup>261</sup>

Outras referências podem ser obtidas em Arnaldo Rizzardo, podendo-se interpretar que, como o Código não enumera as causas para a deserdação entre os cônjuges, não é possível estender a ele as causas elencadas para os descendentes ou ascendentes, eis que são específicas para cada caso. Assim, dada à omissão da norma, parece que, por esquecimento do legislador, não há como aplicar ao cônjuge a deserdação.<sup>262</sup>

Entendimento divergente é defendido por Mário Luiz Delgado, de quem se extrai que a omissão normativa não traz prejuízos, sendo que a solução do legislador é facilmente encontrada dentro da própria sistemática adotada pelo atual Código Civil. É que as hipóteses de deserdação não se restringem àquelas previstas nos artigos 1.962 e 1.963, mas abrangem também todas as causas pelas quais os herdeiros podem ser excluídos da sucessão.<sup>263</sup>

Como fundamento de sua posição, o autor explica que:

Os arts. 1.814 a 1.818, que tratam da exclusão, aplicam-se, indistintamente, a todos os herdeiros, inclusive ao cônjuge. A incidência daquelas regras não representa aplicação analógica, mas interpretação literal e restrita do art. 1961.<sup>264</sup>

Posicionamento em comum com o doutrinador retro citado é obtido em Silvio de Salvo Venosa, podendo-se, com base neste, sustentar que deserdação era a única forma que tem o testador de afastar de sua sucessão os herdeiros necessários, descendentes e ascendentes, quando da vigência do Código Civil de

---

<sup>261</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p.64.

<sup>262</sup> RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., 2007. p.528.

<sup>263</sup> Idem. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. p.198/199.

<sup>264</sup> Ibidem. p.198/199.

1916 e, assim, na atual sistemática, o cônjuge na categoria de herdeiro necessário também pode ser afastado da sucessão pela deserdação.<sup>265</sup>

Por outro lado, há que se expor a linha de pensamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, podendo-se dela apreender que, diante da omissão do legislador, deve-se resgatar que durante a vigência do Código Civil de 1916 a deserdação do cônjuge era praticada pela instituição de outros herdeiros, por testamento, na falta de herdeiros necessários, sendo este afastado da sucessão como herdeiro legítimo de terceira chamada, e não necessário.<sup>266</sup>

Assim, entende-se que pela atual sistemática não é possível a deserdação do cônjuge por mera disposição de fração por testamento, elevado à categoria de herdeiro necessário. Deve-se compreender que, atualmente, para que o cônjuge supérstite seja deserdado, mister se faz que o testador invoque uma das causas elencadas no artigo 1.814 do Código Civil vigente, que tratam da indignidade.<sup>267</sup>

Dessa forma, é de se concluir que, na falta de disposição específica relativa à deserdação entre cônjuges e diante da impossibilidade de recorrer-se à analogia e à interpretação extensiva a fim de reconhecer as causas de deserdação que não existem, parece que a única solução possível é o reconhecimento de que o cônjuge poderá ser deserdado somente se cometer, for co-autor ou partícipe em crime doloso contra a vida de seu cônjuge, de seus descendentes, ascendentes ou de cônjuges anteriores a si; se praticar o crime de denunciação caluniosa contra o

---

<sup>265</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., 2003. p.283: para sustentar sua posição, o doutrinador relata que “sob a égide do Código de 1916, o cônjuge, pelo espírito da lei, também pode ser afastado de sua herança necessária de usufruto e habitação, nos casos dos §§ 1º e 2º do art. 1.611. Quando o testador não deseja que os demais herdeiros legítimos participem da sucessão, basta que disponha a terceiros em seu testamento.”

<sup>266</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e Exclusão da Sucessão. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). op. cit., 20004a. p.366.

<sup>267</sup> Ibidem. p.366.

próprio cônjuge ou se cometer crime contra a honra deste ou de um cônjuge anterior a si; e, por fim, se praticar alguma ação tendente a violar ou restringir a liberdade de testar de seu cônjuge.<sup>268</sup>

Em suma, a doutrina majoritária é no sentido da possibilidade do testador afastar o cônjuge, por deserdação; porém, nos moldes das causas aplicadas à indignidade, mas no Direito português a posição do cônjuge, assim como no Direito pátrio, é privilegiada; no entanto, o artigo 2.166º, n.1, do Código Civil português prevê a possibilidade do mesmo ser deserdado, já que “o autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da sua legítima”. Uma consulta a José Antonio de França Pitão, quando o autor analisa o Direito português, leva a entender que, em resumo, dado ser o cônjuge sobrevivente herdeiro legitimário, conforme previsão do artigo 2157.º, está sujeito à norma do artigo 2166.º (ambos do Código Civil português) e pode, portanto, ser deserdado.<sup>269</sup>

Percebe-se que muito embora no Direito português o legislador ao tratar da deserdação não tenha sido específico, deixando de inserir a palavra “cônjuge”, a solução se deu pela interpretação, ou seja, como naquele Direito a denominação de herdeiro necessário é “herdeiro legitimário” e o cônjuge foi elevado como tal; assim, a ele estende-se a disposição da deserdação.

Entende-se que igual tratamento deveria ter sido aplicado pelo legislador brasileiro, em relação à deserdação do cônjuge quando da promulgação do atual Código Civil, mas em que pese todo o posicionamento delineado sobre o assunto, enquanto ele não for regulamentado, a separação judicial parece ser a melhor forma de privar ou deserdar o cônjuge ofensor da sucessão. Não parece razoável ou

---

<sup>268</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. op. cit., 2004a. p.366.

<sup>269</sup> PITÃO, José Antonio de França. op. cit. p.62.



prudente, todavia, que o ofendido permaneça convivendo maritalmente com aquele que tanto o prejudicou. Além disso, a constância do casamento supõe que ambos estão em harmonia e, assim, poder-se-ia considerar que qualquer ofensa tenha sido tacitamente perdoada.

Fundamenta-se afastar o cônjuge ofensor pela separação judicial considerando-se que a legislação vigente, para que estejam efetivamente operados os efeitos da deserdação, consoante artigo 1.965 do Código Civil vigente, deve o herdeiro instituído, ou aquele a quem aproveite a deserdação, provar a veracidade da causa alegada.

No entanto, embora debatida a possibilidade de afastar o cônjuge ofensor da sucessão pela separação judicial, mister se faz salientar que, conforme já estudado, é possível ocorrer o óbito do autor da herança no curso da ação de separação e, conseqüentemente, extinta a ação, opera-se a sucessão do sobrevivente.

Diante do exposto, sustenta-se aqui pela alteração do dispositivo com a inclusão do cônjuge entre os sancionados pela deserdação, tendo em vista as inúmeras injustiças que a lacuna existente pode provocar.

## 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o estudo realizado, tem-se que a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente encontrou melhor estrutura normativa com o advento do Código Civil vigente (Lei 10.406/02), privilegiando sua posição sucessória e elevando-o à categoria de herdeiro necessário. A previsão legal ficou estabelecida nos artigos 1.829, 1.838 e 1.845 do referido diploma legal.

É certo que o legislador procurou dar uma equivalência hereditária benéfica ao cônjuge, com a finalidade de amparar o âmbito familiar em consonância com os princípios constitucionais, alterando substancialmente a ordem da vocação hereditária.

No entanto, verificou-se que a aplicação da nova regra contida no artigo 1.829 do atual Código Civil, ao incluir o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário (e concorrente), provoca discussões e controvérsias, quer na doutrina ou na jurisprudência, desenvolvendo uma nova dogmática sucessória em razão de inúmeras situações híbridas que podem ocorrer, principalmente quando da concorrência do cônjuge com descendentes comuns e exclusivos.

Primeiramente, embora tenha sido encontrado entendimento doutrinário divergente, concluiu-se na presente pesquisa, quanto à existência da concorrência sucessória do cônjuge com herdeiros comuns e exclusivos, pela não prevalência da reserva da quarta parte e, assim, a herança é distribuída em partes iguais. Sobre este posicionamento encontrou-se respaldo favorável na doutrina e na jurisprudência.

Dessa forma, o cônjuge nessa situação recebe uma quota igual à dos descendentes que sucederem por cabeça; se forem três os filhos, parte da herança

objeto da concorrência é dividida em quatro partes iguais, atribuindo-se uma cota a cada um dos filhos, bem como uma ao cônjuge; se os filhos são comuns do autor da herança e do cônjuge sobrevivente, este tem assegurado um quarto da parte da herança em relação à qual há concorrência.

Apesar de ser essa a lógica imposta pela redação do referido artigo, verificou-se que a questão gera desigualdade de quinhões quando o cônjuge concorrer com quatro filhos comuns (ou mais), haja vista que estes perdem uma parte da herança em favor do cônjuge sobrevivente. A *contrario sensu*, se os descendentes são exclusivos do *de cuius*, o cônjuge não tem direito a essa quarta parte; se concorrer cinco filhos, todos exclusivos do falecido, a divisão será realizada em seis partes, uma delas correspondente ao cônjuge

Por outro lado, muito embora se considere que o reconhecimento da concorrência sucessória ao cônjuge não é absoluta, posto que somente lhe é deferido se, ao tempo da abertura da sucessão, não estava separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos do falecido, salvo se provar que a separação não decorreu de sua culpa, encontrou-se a possibilidade de concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro.

Assim, é possível que o separado de fato, mantenha uma união estável. Isso porque o legislador não fixou prazo para a configuração da união estável.

Se, falecendo o cônjuge que estava vivendo em união estável, mas, estava separado de fato de casamento anterior há menos de dois anos, poderá ocorrer dupla partilha da herança.

Entendimentos doutrinários controvertidos foram encontrados e, entre eles, Mauro Antonini sustentou que, se houver união estável, cessa o direito do cônjuge

antes dos dois anos, por haver rompido o vínculo afetivo, que é o valor fundador do direito familiar e, por extensão, do direito sucessório.

No entanto, quando da análise da situação apresentada, foi possível concluir que muito embora não encontrada base legal para justificar, nem tampouco precedente jurisprudencial, a solução mais correta seria atribuir ao cônjuge e ao companheiro, quando da possibilidade de concorrerem na mesma sucessão, a divisão em partes iguais.

Ainda sustenta-se neste estudo pela alteração do dispositivo no sentido de retirar o prazo de dois anos da separação de fato, bem como a discussão da culpa, por contrariar toda a sistemática do direito de família e por gerar a confusão quando o cônjuge separado de fato tiver constituído união estável, previsão esta contida no artigo 1.723, §1º, do Código Civil vigente.

A pesquisa também frisou-se a importância da distinção entre os bens que integram a comunhão e os excluídos, uma vez que, especificamente ao tratar do direito sucessório do cônjuge, consta disposição do artigo 1.829, inciso I, da mesma norma legal, que somente é deferida a concorrência sucessória a este, no regime de comunhão parcial de bens, quando o autor da herança houver deixado bens particulares.

Diante da restrição apontada, foi necessário estudar os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico pátrio, concluindo-se que não há que se falar na possibilidade de concorrência sucessória sob todo o acervo hereditário, ou seja, sobre a parcela dos bens comuns e dos particulares, concomitantemente. A disposição do artigo supra citado é clara e a proteção sucessória do cônjuge casado pelo regime de comunhão parcial de bens é tão somente quanto aos bens

particulares, excluídos os comuns, uma vez que, sobre estes, tem o direito de meação.

Encontrou-se, ainda, a possibilidade de existência de bens particulares no regime de comunhão de bens, e defendeu-se a possibilidade de ser atribuído ao cônjuge sobrevivente (casado por este regime) o direito sucessório de forma concorrente com os descendentes, quando existirem bens particulares, mesmo aqueles doados com cláusula de incomunicabilidade, por analogia ao princípio estendido aos casados pelo regime de comunhão parcial de bens.

Também foi detectado entendimento doutrinário e jurisprudencial, o qual reconhece a procedência do deferimento sucessório àquele casado pelo regime de separação convencional de bens, uma vez não excepcionado ou ressalvado pelo artigo 1.829 do atual Código Civil, sendo que, nessa hipótese, haverá a aludida concorrência, ocorrendo o mesmo no que respeita ao regime de participação final dos aqüestos.

Demonstrou-se que, em situações operadas pela sucessão anômala, é possível considerar operante a hipótese de concorrência sucessória. Nesse aspecto, consoante decisão jurisprudencial, pode-se afirmar que é possível ocorrer concorrência sucessória do cônjuge nos casos de sucessão anômala, como o caso de inclusão do cônjuge sobrevivente (separado de fato) como pensionista, concorrendo com o companheiro e os filhos do *de cuius* em partes iguais.

Não obstante, apurou-se que, para as sucessões abertas na vigência do atual Código Civil, não mais subsiste o direito ao cônjuge sobrevivente de usufruto vidual da quarta parte ou da metade da herança, nos moldes delineados pelo artigo 1.611 do Código Civil de 1916; no lugar do usufruto, o cônjuge passa a ter participação concorrente na propriedade dos bens da herança, como previsto nos artigos 1.832 e

1.837 do Código Civil vigente, uma vez que se alterou a situação passando atualmente o cônjuge sobrevivente a receber em conjunto com os descendentes, conforme o regime de bens, ou com os ascendentes do falecido.

Além do direito sucessório conferido ao cônjuge pela ordem de vocação hereditária, subsiste no atual Código Civil o direito real de habitação; porém, agora de forma benéfica, pois o artigo 1.831<sup>270</sup> prevê a extensão do direito real de habitação do único imóvel residencial a todos os regimes de bens do casamento, diferentemente do que previa a normativa de 1916, na qual somente o casado pelo regime de comunhão universal fazia *jus* ao benefício.

Em que pese o estudo sobre as restrições impostas, ao considerar que o herdeiro pode renunciar à herança, foi de interesse estudar os efeitos da renúncia quando existente na sucessão em que se verifica a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes ou ascendentes, para o que, pela disposição contida no artigo 1.810 do Código Civil vigente, o legislador não apresentou solução.

Feitas as considerações em torno da renúncia em si, conclui-se que o cônjuge somente recolhe a herança nos casos de renúncia realizada pelas classes precedentes.

Em se tratando da colação, prevista no artigo 2.002 da norma legal retro citada, o legislador também foi omissivo em relação ao cônjuge sobrevivente. No entanto, para aplicação da norma, estudou-se o artigo 544, também do mesmo Código, que ao tratar da doação de ascendentes a descendentes, dispõe que a doação de ascendente a descendentes (ou de um cônjuge a outro) importa em adiantamento do que lhes cabe por herança.

---

<sup>270</sup> 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.

Assim, muito embora o artigo 2002 do atual Código Civil não disponha expressamente a obrigação do cônjuge a conferir os bens recebidos por doação do autor da herança, fica evidente que, se o cônjuge recebe a doação como adiantamento de legítima, conseqüentemente deverá levá-la à colação.

Outra situação encontrada diz respeito à doação realizada em favor de ambos os cônjuges, sendo que, falecendo um deles, a sucessão não seguirá a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 da norma legal em questão, mas subsistirá a totalidade da doação em favor do cônjuge sobrevivente, tornando-o automaticamente o único proprietário do bem.

Muito embora o direito à herança seja garantia constitucional, o legislador prevê a possibilidade de exclusão do herdeiro da sucessão, seja pela indignidade ou deserdação. Entretanto, encontrou-se, na possibilidade de exclusão, mais uma situação em que o legislador não deixou previsão expressa em relação ao cônjuge.

Realizado o estudo com base na doutrina, conclui-se que o cônjuge elevado à categoria de herdeiro necessário pode perfeitamente ser privado do direito sucessório, caso tenha praticado as causas taxativas que acarretam a exclusão pela indignidade, atingindo, assim, sua cota hereditária que vier a receber em concorrência com descendentes ou ascendentes; também sustentou-se pela alteração do dispositivo com a inclusão do cônjuge entre os sancionados pela deserdação, por inúmeras injustiças que a lacuna existente pode provocar, muito embora se tenha defendido que a separação judicial seja um caminho direto para exclusão do cônjuge da sucessão.

O presente estudo ainda permitiu entender que a nova posição sucessória do cônjuge tem semelhança com o Direito português, o qual, desde 1977, alterou a posição jurídico-sucessória do cônjuge sobrevivente; o cônjuge sobrevivente português é

hoje herdeiro (ao lado dos descendentes e dos ascendentes: artigo 2157.º do Código Civil); mas está enquadrado na primeira classe de sucessíveis do nº 1, do artigo 2133.º (que se refere à sucessão legítima), ao lado dos descendentes; ou na segunda classe, ao lado dos ascendentes, podendo ainda ser chamado à totalidade da herança na falta (ou incapacidade sucessória) de descendentes e ascendentes.<sup>271</sup>

No entanto, difere do nosso sistema quanto às restrições ao direito sucessório do cônjuge, pois, naquela sistemática civil (portuguesa), o cônjuge sobrevivente perderá todos os direitos sucessórios “se à data da morte do autor da sucessão encontrar-se divorciado, ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785. (artigo 2133º, nº 3).”<sup>272</sup>

Em relação à concorrência do cônjuge com os descendentes, também há semelhança no Direito português. O código daquele país dispõe que, “no caso de concurso entre cônjuge e descendentes (hipótese da al. a) do n.º 1 do artigo 2133.º) a partilha faz-se por cabeça, de acordo com o princípio geral do artigo 2136.º. Porém a Lei, excepcionando este princípio, diz que o cônjuge nunca pode receber um quanto inferior a uma quarta parte da herança (art. 2139.º, n.º 1,2ª parte).”<sup>273</sup>

O legislador português nada prevê sobre a possibilidade de filiação híbrida, já que a distribuição é feita por cabeça, dividindo-se a herança por igual, não importando se os filhos são comuns ou não ao cônjuge sobrevivente, mas sempre com atribuição ao cônjuge de quota não inferior a uma quarta parte da herança, situação

---

<sup>271</sup> Cf. PITÃO, José Antonio de França. op. cit. p.39.

<sup>272</sup> Ibidem. p.39.

<sup>273</sup> Ibidem. p.39.



diferente do Direito brasileiro, considerando-se, pois o disposto no artigo 1.832 do atual Código Civil, prevendo que, “em concorrência com os descendentes (art. 1.829, II) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucedem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.”

Contudo, no Direito pátrio ainda existem questões a serem dirimidas dentro da própria legislação, no sentido de evitar confusões e discórdias, pois em se tratando de situação que envolva mais que um patrimônio, um bem maior (que é a família) compete ao legislador; além de igualar direitos, determinar alterações legais, evitando desequilíbrio no processo evolutivo da família.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Sucessões**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventários e partilhas** - direito das sucessões. 12.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

ARAÚJO, Ricardo Augusto de O. Xavier. O Direito das Sucessões no Novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil & Processual Civil**. n.24. Porto Alegre, RS: Síntese, jul.-ago. 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil** – sucessões. 4.ed. Portugal: Coimbra Editora, 1989.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentário ao código civil**. Parte Especial. Do Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2004. v.18.

BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle Câmara, A concorrência Sucessória e a ampliação dos conflitos familiares. **Revista Brasileira de Direito de Família**. a.VII. n.29. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Bahia: Livraria Magalhães, 1899.

**Bíblia de Estudo da Mulher** - Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Belo Horizonte: Atos, 2002.

BRASIL. **Código civil**. Coordenador Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a coordenação de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 55.ed. São Paulo: Saraiva, 2004 (Legislação Brasileira). “Lei nº 10.406, de 10-1-2002, acompanhada de legislação complementar.”

\_\_\_\_\_. **Código civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a coordenação de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2001 (Legislação Brasileira). “Lei nº 3.017, de 1º-1-1916, atualizada e acompanhada de legislação complementar, Índices sistemático e afabético-remissivo do código civil...”

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção Legislação Saraiva)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Saraiva de legislação).

CAHALI, Francisco José. **Família e sucessões no código civil de 2002 – II - Acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Novo código civil comparado e comentado - direito das sucessões**. Curitiba: Juruá, 2002.

CASSETTARI, Christiano. **Direito civil**. 3.ed. São Paulo: Editora DPJ, 2004.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**. Parte Especial. Do Direito de Família. Coordenador Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v.18.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano - o direito romano e o direito civil brasileiro**. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito romano**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Bracero. **Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente - doutrina, jurisprudência, legislação e projetos de lei**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 20.ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Revisão Técnica de Ricardo Issa Martins. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? **Revista Brasileira de Direito de Família**. n.29. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. v.1.

\_\_\_\_\_; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). **Novo código civil - questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2003.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e o novo código civil - do regime de bens entre os cônjuges**. 2.ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.6.

FARIA, Mário Roberto Carvalho de; SANTOS, Orlando Gomes dos. 12.ed. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIUZZA, Ricardo (Coord.). **Novo código civil comentado**. Comentários de Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil** - direito das sucessões - fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2007.

GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. Direito das Sucessões. Sucessão em Geral Sucessão Legítima. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v.XVIII.

GIORGIA, José Carlos Teixeira. O Direito Sucessório do Cônjuge Sobrevivo. **Revista Brasileira de Direito de Família**. a.VII. n.29. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005.

GLAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação** - análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** - direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2007. v.VII.

GOZZO, Débora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e Exclusão da Sucessão. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito das sucessões no novo código civil**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2004b.

\_\_\_\_\_. Herdeiros Necessários e Direito de Representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito das sucessões no novo código civil**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2004a.

\_\_\_\_\_. Parte Especial do Direito das Sucessões. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.20.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Estatuto das famílias** - baseado no Projeto de Lei nº 2285/2007. Belo Horizonte, MG: Magister, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil** - do direito das sucessões – arts. 1.784 a 2.02. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Novo código civil** – questões controvertidas. \_Coordenação de Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2003.

LIMA, Fernando Gaburri de Souza. Questões Controvertidas sobre a Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). **Direito civil** - direito patrimonial, direito extra patrimonial. São Paulo: Método, 2006.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANFRÉ, José Antonio Encinas. **Regime matrimonial de bens no novo código civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964 v.I.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência Sucessória e Conflito de Leis. **Revista Brasileira de Direito de Família**. a.VII. n.29. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - direito das sucessões**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002. v.1

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança - a nova ordem da sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. A Concorrência Sucessória e a Ampliação dos Conflitos Familiares. **Revista Brasileira de Direito de Família**. n. 29. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005. v.1.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado - doutrina e jurisprudência**. Barueri, SP: Manole, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil - direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1980a. v.6,

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil - direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1980b. v.4.

PINTO FERREIRA. **Tratado das heranças e dos testamentos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PITÃO, José Antonio de França. **A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português**. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2005

PONTES DE MIRANDA. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito de família**. Campinas, SP: Bookseller, 2001. v.1.

PORTUGAL. **Código civil português**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. **Revista Brasileira de Direito de Família**. a.VII. n.29. Porto Alegre: Síntese; IBDFAM, abr.-mai. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito das sucessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito das sucessões**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** - direito das sucessões. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.7.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords). **Direito civil** - direito patrimonial, direito extra patrimonial. São Paulo: Método, 2006.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**. Portugal: Coimbra Editora, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** – direito das sucessões. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.7.

\_\_\_\_\_. **Direito civil** – direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2001. v.6.

WALD, Arnaldo. **O novo direito das sucessões**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

▪ **Sites consultados:**

Associação dos Advogados do Brasil: <<http://aasp.org.br>>.

Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.gov.br>>.

Instituto Brasileiro de Direito de Família: <<http://www.ibdfam.org.br>>.

Superior Tribunal de Justiça: <<http://www.stj.gov.br>>.

Senado Federal :<<http://www.senado.gov.br>>.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais: <<http://www.tjmg.gov.br>>.

Tribunal de Justiça de São Paulo: <<http://www.tj.sp.gov.br>>.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: <<http://www.tj.rs.gov.br>>.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)