

**A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE  
COM OS DESCENDENTES DO FALECIDO**

*SURVIVING SPOUSE'S COMPETITION WITH THE  
DECEASED SPOUSE'S DESCENDENTS*

*Helena de Azeredo Orselli\**

**Resumo:** O Código Civil brasileiro de 2002 ampliou o direito sucessório do cônjuge supérstite ao estabelecer que ele concorrerá com os descendentes e com os ascendentes, além de ter direito à totalidade da herança na falta desses parentes em linha reta do falecido, desde que preenchidos os requisitos legais. Entretanto, o legislador condicionou a concorrência do cônjuge com os descendentes, ao regime de bens pelo qual eram casados, numa redação de difícil leitura, o que deu ensejo às mais variadas interpretações, muitas vezes, e, em relação à legislação anterior, piorando a situação do cônjuge quando do óbito de seu consorte.

**Palavras-chave:** Direito Sucessório. Cônjuge. Regime de Bens.

**Abstract:** 2002 Brazil's Civil Code has enlarged surviving spouse's right of succession by establishing that he/she will compete with the descendants and ascendants for the inheritance. Once legal requirements are followed, he/she will be entitled to the entire inheritance when the absence of relatives in direct line with the deceased occurs. However, the legislator has conditioned the dispute between the spouse and the descendants to the regime of goods determined in their marital status. Its difficult textual composition has resulted in reading problems leading to different interpretations, most of them related to the previous legislation, thus worsening the parent's situation with the death of the spouse.

**Key words:** Succession Law. Spouse. Goods Status.

---

\* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Material e Processual Civil pela UNOESC - Videira - SC. Professora de Direito Civil nos Cursos de Pós-graduação, de Graduação em Direito e de Estágio Orientado da FURB. Advogada. E-mail: helena@furb.br

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre as inovações do Código Civil brasileiro de 2002, uma das que tem gerado maior controvérsia na doutrina é a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, gerando tantos entendimentos distintos que se torna difícil dizer qual prevalecerá nas decisões judiciais, prejudicando sensivelmente a orientação a um cliente, pois é impossível afirmar qual será a interpretação adotada pelo magistrado perante o qual, no futuro, tramitará o inventário.

Face à profusão de posicionamentos distintos acerca do tema, é relevante a análise dos dispositivos legais que tratam do assunto e da evolução do direito sucessório do viúvo no direito brasileiro, para que não haja retrocesso.

Esta pesquisa, realizada com base no método indutivo e na técnica da pesquisa bibliográfica, parte da análise das normas jurídicas a fim de se concluir qual pode ser o direito sucessório do cônjuge em concorrência com os descendentes na atual sistemática jurídica brasileira.

## 2 DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE NO DIREITO BRASILEIRO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No direito civil brasileiro, a transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida a seus sucessores pode acontecer de acordo com a manifestação expressa deixada por aquele, chamada sucessão testamentária, ou, em sua falta, a distribuição da herança entre as pessoas indicadas na lei, denominada sucessão legítima.

Desde o direito romano, na falta de testamento, a lei chama os familiares do falecido a receber a herança, presumindo que essa seria sua vontade caso ele tivesse se manifestado acerca da disposição de seu patrimônio para depois de sua morte.

Os familiares do *de cuius* não são chamados a receber a herança, deixada por ele, todos conjuntamente. A legislação estabelece uma ordem de preferência entre os herdeiros legítimos, convocando-os nesta ordem estabelecida. Em primeiro lugar estão as pessoas pelas quais o morto, presumidamente, tinha mais afeto e, em último lugar, aquelas cujo vínculo afetivo com o falecido não era tão forte.

As Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil mesmo após a proclamação da independência do país até o início do século XX, estabeleciam que o cônjuge apenas seria herdeiro de seu consorte na falta de descendentes, ascendentes e colaterais até o décimo grau

deste<sup>1</sup>. Havia uma evidente preferência pelos parentes consangüíneos ao vínculo conjugal para o recebimento da herança.

A Lei Feliciano Pena, decreto n. 1.839 de 31 de dezembro de 1.907, alterou sensivelmente essa ordem, colocando o cônjuge atrás dos descendentes e dos ascendentes, mas à frente dos colaterais<sup>2</sup>, melhorando sua colocação nesta ordem que, presumidamente, espelha a vontade da pessoa que falece sem deixar testamento. A alteração deu-se para adequar a lei, tendo em vista que os autores<sup>3</sup>, à época, já se manifestavam contra o fato de que o cônjuge somente receberia a herança se não houvesse nenhum parente em linha reta, nem parente em linha colateral do *de cuius* até o décimo grau.

O Código Civil de 1.916, em seu art. 1.603, manteve o cônjuge supérstite na terceira classe da ordem de vocação hereditária, recebendo a herança na falta de descendentes e ascendentes vivos de seu consorte, afastando, por sua posição preferencial, os parentes em linha colateral do falecido.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei nº. 4.121 de 27 de agosto de 1.962, acrescentou dois parágrafos ao art. 1.611 do Código Civil de 1.916, que trata da sucessão do cônjuge.

O primeiro parágrafo estabeleceu que o cônjuge sobrevivente, que fosse casado com o falecido por regime diverso do da comunhão universal de bens, teria direito ao usufruto sobre um quarto dos bens da herança se houvesse descendentes de seu cônjuge falecido e ao usufruto da metade dos bens daquele, na falta dos descendentes, se sobrevivessem os ascendentes. Tal direito duraria enquanto permanecesse viúvo.

Se duas pessoas fossem casadas por regime de bens do casamento que não a comunhão universal, por ocasião da morte de uma delas, separava-se a meação do viúvo nos bens comuns, o que já lhe pertencia em razão do regime de bens. Somava-se a meação do falecido a seus bens particulares, se houvesse, e se distribuía tal patrimônio entre seus sucessores, concedendo-se o usufruto sobre um quarto desta massa de bens, se esse tivesse deixado descendentes, ou sobre a metade deste patrimônio, se lhe sobrevivessem os ascendentes.

O parágrafo segundo do art. 1.611 concedia direito real de habitação ao viúvo, que fora casado com o *de cuius* pelo regime da comunhão universal de bens, sobre o imóvel residencial desde que esse fosse o único bem desta natureza a inventariar. De modo que, se o casal possuísse apenas um imóvel residencial e fosse casado pelo regime de comunhão universal, ao falecer um deles, o outro teria sua meação sobre a metade do patrimônio

comum e o restante seria partilhado entre os parentes em linha reta do outro cônjuge, estabelecendo-se, sobre a residência, direito real de habitação enquanto durasse a viuvez.

Contudo, alguns juristas afirmavam que o vínculo afetivo que uniu os cônjuges até o decesso de um deles justificaria que o viúvo herdasse em propriedade e não tivesse apenas um direito real limitado como o usufruto, quando houvesse parentes em linha reta do *de cuius*. Por isso foram propostos o Projeto de Lei de 1.965 e o Anteprojeto de 1.972, nos quais se assegurava ao viúvo a concorrência com os descendentes e com os ascendentes do *de cuius*.<sup>4</sup> Entretanto tais projetos de lei nunca foram aprovados.

O Código Civil brasileiro que teve origem no Projeto de Lei de 1.975, seguiu o mesmo tratamento ao cônjuge, porém estabelecendo alguns requisitos para que o cônjuge concorra com os descendentes do falecido, o que tem gerado a controvérsia mencionada na introdução a este artigo. Esses dispositivos legais serão analisados nos próximos tópicos.

### **3 A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

O Código Civil, Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2.002, entre outras modificações, melhorou a situação do cônjuge supérstite no direito sucessório, decorrente do óbito de seu consorte.

O art. 1.845 desse diploma legal incluiu, no rol dos herdeiros necessários, o cônjuge ao lado dos descendentes e ascendentes do hereditando. Os herdeiros necessários têm direito à metade do patrimônio deste por ocasião de sua morte, de maneira que a pessoa que tem descendentes, ascendentes ou cônjuge não pode fazer testamento abrangendo a totalidade da herança sem os contemplar, pode apenas não os contemplar na metade disponível.

O Código Civil manteve o cônjuge como herdeiro de terceira classe na ordem de vocação hereditária, mas inovou ao conferir-lhe o direito de concorrer com os herdeiros da primeira e da segunda classes, respectivamente os descendentes e os ascendentes do autor da herança, da seguinte maneira:

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

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único<sup>5</sup>); 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.

Decorre deste dispositivo legal que o viúvo herda não somente na falta de descendentes e ascendentes do autor da herança, mas também em concorrência com esses. A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes será analisada no próximo tópico.

Para o cônjuge ter direito hereditário é necessário que não esteja separado judicialmente, nem separado de fato de seu cônjuge há mais de dois anos. Também mantém seu direito sucessório, de acordo com o art. 1.830 do Código Civil, se estiver separado de fato há mais de dois anos, mas a ruptura da vida em comum se deu sem culpa sua.

Esse dispositivo tem sido muito criticado, haja vista que a separação de fato de modo geral se prova através de testemunhas, o que, em inventário, é inviável, porque as questões de maior complexidade são encaminhadas às vias ordinárias, que ocasionará demora na tramitação do inventário.

Outra crítica que se tem feito ao dispositivo é a possibilidade de o cônjuge separado de fato há mais de dois anos, provar que a convivência findou sem culpa sua para que mantenha seu direito à herança. A questão certamente é de alta indagação e deverá ser remetida para decisão em vias próprias, que tumultuará o processo de inventário<sup>6</sup>. Releva apontar ainda que, se, nos processos de separação judicial e divórcio, os juízes têm evitado a discussão da culpa em razão de sua irrelevância para a decretação do fim da sociedade conjugal, nos inventários muito menos relevância teria esse tipo de discussão.

Ademais, o lapso de dois anos é demasiado. A mera prova da separação de fato deveria ser suficiente para caracterizar o fim do afeto entre os cônjuges, afastando o cônjuge separado de fato do direito à herança deixada pelo consorte falecido.

O art. 1.829, inciso II, estabelece que a sucessão legítima se deferirá, na falta dos descendentes, aos ascendentes do autor da herança em concorrência com seu cônjuge, não fazendo qualquer referência ao regime de bens do casamento. Desta forma, estando o cônjuge convivendo com o consorte ao tempo do óbito deste, ou separado de fato há menos de dois anos, ou não sendo culpado pela ruptura da vida em comum, se a separação fática for superior a dois anos, terá direito de receber a herança conjuntamente com os ascendentes do *de cujus*, e não mais apenas na falta desses, como ocorria no sistema vigente antes do Código de 2002.

Ao viúvo caberá um terço da herança, concorrendo com os ascendentes de primeiro grau do falecido; herdará a metade desta se concorrer com um só dos ascendentes de primeiro grau, ou se o grau for superior ao primeiro, conforme dispõe o art. 1.832 do Código Civil. Por consequência, se concorrer com o pai e a mãe do morto, o supérstite terá direito a um terço do patrimônio do falecido, além do direito à meação do patrimônio comum, se

houver. Se concorrer apenas com o pai ou com a mãe, ou com avós, ou bisavós do falecido, terá direito à metade do patrimônio deste, e os ascendentes repartirão entre si a outra metade.

Na falta dos ascendentes, de acordo com os arts. 1.829, inciso III e 1.837, defere-se a totalidade da herança ao cônjuge sobrevivente. O cônjuge já era herdeiro universal na terceira classe da vocação hereditária no sistema do Código Civil de 1.916.

Apenas não havendo descendentes, ascendentes ou cônjuge supérstite, os parentes colaterais até o quarto grau serão convocados para receber a herança, sendo que, como nas demais classes, os parentes de grau mais próximo do falecido afastam da herança os de grau mais remoto, salvo direito de representação em benefício dos filhos do irmão falecido anteriormente, em concorrência com outros irmãos ainda vivos do falecido, consoante os arts. 1.839 e 1.840 do CC.

Cumprido ressaltar que os colaterais não são herdeiros necessários, como dispõe o art. 1.850 do CC, logo, se uma pessoa não tiver parentes em linha reta e nem cônjuge, poderá dispor de todo seu patrimônio por testamento, afastando completamente da herança os colaterais.

Resta analisar a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido.

#### **4 O DIREITO À HERANÇA DO CÔNJUGE EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES**

Os descendentes são, há muito, os herdeiros preferenciais, ou seja, estão na primeira classe da ordem de vocação hereditária, devido ao forte vínculo afetivo que une os descendentes e seus ascendentes.

O art. 1.829 do CC mantém os descendentes na primeira classe da ordem de convocação dos herdeiros legítimos do *de cujus*, todavia inova ao estabelecer a concorrência do cônjuge com aqueles na primeira classe.

A primazia continua sendo dos descendentes, visto que a lei estabelece a concorrência do cônjuge com os mesmos, tanto que, na falta daqueles, o viúvo não tem preferência sobre os ascendentes, mas com eles concorre.

Entre os descendentes, como em todas as demais classes em que há parentes de mais de um grau, os de grau mais próximo afastam da herança os de grau mais remoto, salvo

direito de representação dos descendentes de um descendente pré-morto<sup>7</sup>.

O Código Civil fez depender do regime de bens pelo qual o viúvo era casado com o autor da herança o fato de o cônjuge ser ou não herdeiro legítimo concorrente com os descendentes. Não se encontra razão para a concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima, depender do regime de bens<sup>8</sup>. Este sistema, criado pelo legislador brasileiro, não encontra paralelo em nenhuma legislação estrangeira.

Tal vinculação do direito sucessório do cônjuge supérstite ao regime de bens não é lógico, porque não se confunde direito à meação com direito à herança. O regime de bens é escolhido para reger a vida patrimonial dos cônjuges enquanto perdurar o casamento, ao passo que o direito de ser ou não herdeiro legítimo do consorte decorre da presunção de que o falecido queria fazer uma liberalidade em benefício de seu cônjuge por ocasião de seu passamento.

O inciso I do art. 1.829 do CC defere a herança aos descendentes em concorrência com o cônjuge supérstite, salvo se este fora casado com o falecido pelo regime de comunhão universal de bens, ou no regime da separação obrigatória, ou se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

A redação do dispositivo é complexa porque começa afirmando que o cônjuge concorre com os descendentes, mas, ao invés de esclarecer em que hipóteses, preferiu o legislador, numa redação truncada, estabelecer, a seguir, as hipóteses em que o cônjuge não concorre com os descendentes.

Assim não herda, em concorrência com os descendentes, o cônjuge que era casado com seu consorte pelo regime da comunhão universal de bens, no regime de separação obrigatória e no regime de comunhão parcial de bens, se o autor da herança, neste último regime, não deixou bens particulares.

A interpretação leva à conclusão de que o viúvo tem direito à herança juntamente com os descendentes se fora casado com o falecido no regime de comunhão parcial de bens, desde que haja bens particulares do falecido, no regime de separação convencional de bens, no de participação final dos aqüestos, ou se, no pacto antenupcial, criaram um regime de bens próprios.

Divergem dessa interpretação do dispositivo, Maria Berenice Dias e Miguel Reale. Maria Berenice Dias afirma que as exceções à concorrência se dão nos regimes de comunhão universal e no de separação obrigatória, pois, o ponto e vírgula da parte final do inciso I do artigo em discussão, secciona as idéias, de maneira que a exceção 'salvo se' terminaria no regime de separação obrigatória, e a continuação 'se, no regime de comunhão parcial, o autor

da herança não houver deixado bens particulares', seria hipótese de concorrência com os descendentes<sup>9</sup>.

Não é correta a interpretação dada por Maria Berenice Dias ao inciso I do art. 1.829 do CC, pois, após afirmar que o cônjuge concorre com os descendentes, o dispositivo enumera as hipóteses em que não há a referida concorrência, separando-os do texto inicial pela locução conjuntiva "salvo se", elencando, em seguida, dois dos casos em que não há concorrência: casamento pelo regime de comunhão universal de bens e no de separação obrigatória. Como se tratam de várias hipóteses, para separá-las, utilizou-se o legislador da conjunção "ou", que foi repetida antes da indicação da terceira hipótese, acrescentando-se novamente a conjunção "se". Desta forma, nota-se que os três casos indicados no referido inciso são as exceções à concorrência do cônjuge com os descendentes.

Já Miguel Reale manifestou-se no sentido de que não somente no regime de separação obrigatória de bens, mas também no regime de separação convencional não se daria a concorrência do viúvo com os descendentes do *de cuius*. Justifica tal entendimento, afirmando que a palavra "obrigatória" não se refere ao regime de separação legal, mas que a palavra é empregada ressaltando que é "obrigatória" a distinção patrimonial sempre que o regime de bens for o da separação, quer obrigatório, quer convencional<sup>10</sup>.

Tal raciocínio também não merece prosperar, uma vez que a menção ao regime de separação obrigatória de bens é expressa no dispositivo legal em exame, conseqüentemente torna-se difícil aceitar outra interpretação, ainda mais quando se justifica tal explicação afirmando que a separação de patrimônios é obrigatória nos casos em que há pacto antenupcial escolhendo o regime de separação de bens, já que nada impede que os cônjuges casados por este regime adquiram bens em conjunto e estabeleçam um condomínio em relação aos mesmos, havendo neste caso um patrimônio comum.

Sem falar que não se pode confundir inexistência de meação pelo fato de o regime de bens ser o de separação com eventual direito à herança em razão do óbito do cônjuge, por conseguinte o direito à herança do cônjuge não burla o regime de separação de bens como afirma o professor Miguel Reale<sup>11</sup>.

Outros autores estabelecem paralelos entre os regimes de bens elencados no art. 1.829, inciso I, do CC e os outros regimes não mencionados na norma para conceder ou não direito de concorrência do cônjuge com os descendentes. Rui Ribeiro de Magalhães afirma que, como o regime de participação final nos aqüestos é muito semelhante ao regime de comunhão parcial de bens, por analogia, a limitação existente em relação a este deve ser aplicada também àquele, ou seja, se, no regime de comunhão parcial, o autor da herança não



houver deixado bens particulares, o seu consorte não herda em concorrência com seus descendentes; no regime de participação final nos aqüestos, o cônjuge também não concorreria com os descendentes do *de cuius*, se este não tinha bens particulares<sup>12</sup>.

Importante lembrar que a analogia não pode ser aplicada para restringir qualquer direito consoante lição de Carlos Maximiliano<sup>13</sup>, logo a lei estabeleceu que o cônjuge não concorre com os descendentes no regime de comunhão parcial de bens se não houver bens particulares do falecido, mas não o fez para o regime de participação final nos aqüestos. Não se pode aplicar tal dispositivo por analogia ao regime de participação final nos aqüestos, quando não houver bens particulares daquele. Este regime de bens não está arrolado entre os casos de não concorrência, portanto, sempre que casado neste regime de bens, o cônjuge terá direito a concorrer com os descendentes, sob pena de restrição do direito sucessório do viúvo, sem previsão expressa em lei.

Euclides Benedito de Oliveira<sup>14</sup> e Fabrício Castagna Lunardi<sup>15</sup> anotam que concorrerá o cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da herança, se, no regime de comunhão parcial de bens, esse houver deixado bens particulares. Por analogia, nos casos em que o cônjuge fora casado com o falecido pelo regime da comunhão universal, se houver bens particulares do *de cuius*, por uma questão de justiça, deve ele também herdar em concorrência com os descendentes. Não pode simplesmente ser afastado da concorrência com os descendentes, pois também neste regime é possível que o falecido tenha deixado bens particulares, como prevê o art. 1.668 do CC.

O desenvolvimento do raciocínio acima exposto é justo, lógico e coerente, porém não encontra respaldo legal, porque a lei é expressa em relação a que regime de bens determinará ou não a concorrência do viúvo com os descendentes do autor da herança.

É certo que o direito à sucessão legítima não pode depender do regime de bens, pois são institutos jurídicos distintos e independentes entre si. O regime de bens pertence ao ramo do direito de família e cessa com a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, divórcio ou anulação do casamento, enquanto que a sucessão legítima é instituto de direito das sucessões, que decorre do óbito de uma pessoa, e, na falta de testamento válido, a lei convoca os familiares próximos do *de cuius* para receber a herança devido ao afeto que presume existir entre essas pessoas.

O direito à herança legítima não se traduz por dar maior ou menor proteção, fosse assim filho rico não herdaria, herdariam apenas os filhos pobres, que precisassem de ajuda econômica. A ordem de vocação hereditária espelha a vontade presumida do morto, baseada em seus laços afetivos<sup>16</sup> e não na condição econômica do herdeiro.

Desta forma, a solução é a alteração do inciso I do art. 1.829 do Código Civil, para que contemple todas as hipóteses possíveis, ou, ao menos, que seja coerente nas hipóteses que abrange.

Todavia o que mais tem causado discussão em relação ao citado dispositivo legal é sobre que parcela patrimonial incide a herança legítima do cônjuge em concorrência com os descendentes.

O inciso I do art. 1.829 do CC estabelece que não haverá concorrência do cônjuge com os descendentes se aquele fora casado com o *de cujus* pelo regime da comunhão parcial de bens e esse não deixou bens particulares. Assim, havendo bens particulares, o viúvo herda em concorrência com os descendentes. Mas sobre que parcela do patrimônio concorrerá o viúvo com os descendentes?

Alguns autores anotam que, se a existência de bens particulares é o diferencial para que o cônjuge concorra com os descendentes, é sobre essa parcela do patrimônio que terá ele direito à herança<sup>17</sup>. Euclides de Oliveira afirma que o direito à concorrência, neste caso, é apenas sobre os bens particulares como no caso da separação convencional de bens<sup>18</sup>, pois deles o cônjuge não tem meação. Fabrício Castagna Lunardi defende que o cônjuge sobrevivente não pode herdar sobre os bens dos quais já tem sua meação<sup>19</sup>.

Percebe-se que tais juristas limitam o direito hereditário do cônjuge supérstite aos bens particulares do falecido, restrição esta não expressa no art. 1.829, inciso I, do CC.

A norma legal em análise estabelece as hipóteses nas quais o cônjuge não concorrerá com os descendentes do morto e, ao tratar do regime de comunhão parcial determina que aquele não terá direito de concorrer com estes se o falecido não tinha bens particulares. Há, então, uma condição prevista no dispositivo para que o consorte sobrevivente herde quando casado pelo regime de comunhão parcial de bens, antecedida da conjunção “se”.

O dispositivo não restringe a incidência, neste caso, do direito à concorrência do cônjuge com os descendentes aos bens particulares, como fez o art. 1.790 do CC em relação aos companheiros, ao prever que estes participarão da sucessão do companheiro falecido “quanto” aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Na hipótese do art. 1.790, há evidente limitação do direito de herdar apenas em relação aos bens mencionados na própria norma legal em razão da expressão “quanto aos”.

Maria Helena Diniz explica que, no caso do art. 1.829, inciso I, do Código Civil, a existência de bens particulares no regime de comunhão parcial de bens é mera condição para o cônjuge, que fora casado sob o regime de comunhão parcial, tenha direito de concorrer com os descendentes do falecido<sup>20</sup>.

Francisco José Cahali também entende que a existência de bens particulares do *de cuius*, no regime de comunhão parcial de bens, é critério de convocação do cônjuge<sup>21</sup>.

De forma que, para se saber sobre que parcela patrimonial incidirá o direito à herança do cônjuge em concorrência com os descendentes, deve-se recorrer ao art. 1.832 do CC que trata da divisão da herança entre o cônjuge e os descendentes do *de cuius*.

Institui esse artigo que, concorrendo com os descendentes do morto, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que herdaram por cabeça, não podendo a sua quota parte ser inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Denota-se que o cônjuge tem direito a um quinhão igual ao dos descendentes que herdaram por direito próprio, mas que sua quota parte não pode ser inferior a um quarto da “herança” se os descendentes do falecido forem também seus descendentes.

Se a lei prevê que o viúvo tem direito a um quinhão igual ao quinhão dos descendentes, não recebendo menos do que um quarto na hipótese acima, é óbvio que é sobre toda a herança, formada pelo patrimônio particular e a meação do morto no patrimônio comum. Não fosse assim, o art. 1.832 do CC vigente estabeleceria sobre qual parte do patrimônio do autor da herança incidiria o direito seu consorte.

Maria Helena Diniz corrobora tal entendimento, ensinando que o cônjuge terá direito, além de sua meação, a uma quota sobre todo patrimônio deixado pelo falecido<sup>22</sup>.

Francisco José Cahali afirma que, se o cônjuge preenche os requisitos para herdar, concorrerá na totalidade do acervo, esclarecendo que entendimento diferente estabeleceria uma desvantagem do casamento em relação à união estável, já que, na sucessão do companheiro, este herda quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, que, na maioria dos casos, é acervo maior do que a massa de bens particulares<sup>23</sup>.

Ana Luiza Maia Nevares explica que a herança é uma universalidade de direitos e deveres, transmitindo-se aos sucessores como um todo unitário, conforme o art. 1.791 do CC, portanto o direito à herança do cônjuge em concorrência com os descendentes incide sobre toda a herança<sup>24</sup>.

Como já foi dito, no sistema do Código Civil anterior, alterado pela lei n. 4.121/62, o cônjuge sobrevivente, casado por regime que não o da comunhão universal de bens, tinha direito a usufruir um quarto dos bens da herança, se houvesse descendentes do falecido, enquanto permanecesse viúvo.

Nesse caso, ainda que não houvesse bens particulares, o cônjuge tinha direito a sua meação e poderia usufruir um quarto da meação do outro, que era a herança dos

descendentes. Criticava-se o usufruto vidual do cônjuge, pois este, apesar de ter o uso e a fruição dos bens, não tinha a propriedade, o que o impedia de vender parte deles em caso de necessidade, e porque os descendentes tinham a nua-propriedade dos referidos bens, mas não podiam fruir enquanto fosse viúvo o ex-cônjuge do falecido.

O direito ao usufruto vidual sobre os bens do cônjuge falecido, previsto no parágrafo primeiro do art. 1.611 do Código Civil de 1.916 não foi reproduzido no Código Civil de 2002, de maneira que desapareceu do ordenamento jurídico brasileiro.

Diz-se que a convocação do cônjuge, para concorrer com os parentes em linha reta do falecido, concede-lhe maior proteção do que o usufruto, por conferir-lhe o domínio e não mais um direito real limitado. Contudo, a prevalecer o entendimento de que o direito sucessório do cônjuge supérstite em concorrência com os descendentes é apenas sobre os bens particulares do morto, no regime de comunhão parcial de bens (que é atualmente o mais comum), a norma vigente lhe será menos favorável que a do sistema anterior.

Tome-se como exemplo um casamento pelo regime de comunhão parcial de bens, no qual a maior parte da massa patrimonial é formada por bens adquiridos onerosamente na constância do casamento e, portanto, comuns, o que é comuníssimo, não tendo os cônjuges nada herdado, nem recebido doação. Seus bens particulares são formados, de acordo com o art. 1.659 do CC, apenas por bens de uso pessoal como roupas, perfumes etc. Caso um deles faleça, o outro teria direito à metade dos bens comuns, a título de meação, e herdaria uma quota igual à dos filhos nos bens de uso pessoal do falecido? Que vantagem haveria em ser convocado a herdar algumas peças de roupa?

Se for assim, preferível restaurar o direito ao usufruto sobre parte da herança, ao menos o viúvo teria a fruição de uma parcela maior do patrimônio, ainda que não tenha poder de disposição, enquanto permanecesse viúvo.

A legislação não pode retroceder, restringindo direitos, sem conceder novos direitos. Ao não recepcionar o usufruto vidual, o Código Civil de 2002 estabeleceu direito à propriedade ao cônjuge em concorrência com os descendentes. Limitar tal direito aos bens particulares deixados pelo falecido pode, em muitos casos, deixar desamparado aquele que conviveu com o autor da herança até os últimos dias de sua vida.

Óbvio que há pessoas, geralmente as mais afortunadas, que não desejam que seu cônjuge herde sobre todo seu patrimônio, acreditando que esse receberia muito. Exatamente para esses casos é que existe a sucessão testamentária. Essas pessoas têm melhores condições de se informar e, se desejarem, de elaborar um testamento, limitando a incidência do direito sucessório do cônjuge à, no mínimo, metade da herança, de forma que teria esse uma parcela

igual à dos descendentes, ou, no mínimo um quarto dessa parcela da herança, denominada legítima, e a outra metade da herança, chamada parte disponível, poderia deixar, por testamento, apenas para os descendentes.

Importante destacar que qualquer pessoa que não se enquadre nas hipóteses do art. 1.850 do CC pode testar, e, se possuir herdeiros necessários, deve preservar a metade do patrimônio a ser partilhada entre esses. Não possuindo herdeiros necessários, pode testar livremente sobre a totalidade de seu patrimônio.

Inviável é que, por causa dessas pessoas, as mais desprotegidas restem ainda mais desamparadas recebendo como herança bens de pouco ou nenhum valor patrimonial.

A regulamentação do direito sucessório do cônjuge, trazida pelo Código Civil em vigor, não é apropriada. Apropriado seria tratar igualmente os iguais, assim o cônjuge deveria ter direito sucessório por ser cônjuge, por ter convivido com o *de cuius* até seu falecimento, pela comunhão plena de vida que existiu entre eles, independentemente do regime de bens. Talvez uma solução seria conceder-lhe uma quota fixa na herança, dependendo do número de descendentes.

As interpretações do inciso I do art. 1.829 do CC são tão variadas que causam insegurança jurídica, justamente o que a lei deveria evitar. Urge, portanto, a revisão e alteração do direito sucessório do cônjuge.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise do direito sucessório do cônjuge desde o descobrimento do Brasil, até o momento, mostra que o vínculo conjugal vem ganhando importância em relação ao vínculo consanguíneo, principalmente nos dias atuais quando permanecer casado é uma opção e não mais uma imposição legal.

Da quarta classe na ordem de vocação hereditária, o cônjuge foi alçado, desde 1.907, à terceira, passando à frente dos parentes colaterais do falecido. E, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, mantendo-se na terceira classe, passou a concorrer com os descendentes e os ascendentes do *de cuius*.

A nova lei também enquadró o cônjuge entre os herdeiros necessários que não podem ser afastados de toda herança por testamento deixado pelo falecido, já que tem direito à, no mínimo, metade da herança.

Ao estabelecer a concorrência do cônjuge com os ascendentes, o legislador foi claro, de forma que parece pacífica a matéria.

Todavia, o legislador não andou bem ao tratar do direito sucessório do cônjuge em concorrência com os descendentes de seu consorte, porque fez depender tal direito do regime matrimonial de bens pelo qual eram casados, e pela má redação do art. 1.829, inciso I, do CC.

Esse dispositivo estabelece que o cônjuge supérstite não concorra com os descendentes nos regimes de comunhão universal de bens, no de separação obrigatória e no de comunhão parcial de bens, se o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Depreende-se, então, que concorre com os descendentes o cônjuge que se casara com falecido pelo regime de separação convencional de bens, ou pelo regime de participação final nos aqüestos, ou se, no de comunhão parcial de bens, houver bens particulares do morto.

Preenchendo os requisitos legais necessários para concorrer com os descendentes do falecido, o cônjuge recebe uma quota de toda herança igual à quota dos que herdaram por direito próprio, contudo, tem direito a, no mínimo, um quarto da herança, se for ascendente dos descendentes com que concorrer.

Em razão da inadequada redação do inciso I do art. 1.829 do Código Civil, o legislador abriu margem às mais diversas interpretações e deixou de garantir a tão esperada segurança jurídica. Assim, diante de entendimentos tão variados e díspares, apenas a alteração do dispositivo legal poderá trazer a necessária segurança jurídica.

## NOTAS

<sup>1</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões, p. 213.

<sup>2</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões, p. 213.

<sup>3</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 805.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 7, p. 78.

<sup>5</sup> A referência ao artigo está incorreta. O art. 1.641, parágrafo único, e não o art. 1.640 que trata do regime de separação obrigatória de bens.

<sup>6</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. VII, p. 125.

<sup>7</sup> Pelo direito de representação, os descendentes de um descendente, falecido antes do autor da herança ou excluído por indignidade, podem receber a quota que lhe caberia se vivo fosse (arts. 1.851 a 1.855 do CC).

<sup>8</sup> Ver DIAS, Maria Berenice. *Filhos, bens e amor não combinam!* ou a concorrência sucessória, *op. cit.*

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. Ponto e vírgula. *Maria Berenice Dias, op. cit.*

- <sup>10</sup> REALE, Miguel. O cônjuge no novo código civil, p. 2.
- <sup>11</sup> REALE, Miguel. O cônjuge no novo código civil, p. 2.
- <sup>12</sup> MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito das sucessões no novo código civil brasileiro*, p. 97.
- <sup>13</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 213.
- <sup>14</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*, p. 109.
- <sup>15</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. A concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: em busca da melhor interpretação, p. 27.
- <sup>16</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, p. 102.
- <sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. VII, p. 121; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito das sucessões – da sucessão em geral; da sucessão legítima, p. 220.
- <sup>18</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*, p. 108.
- <sup>19</sup> LUNARDI, Fabrício Castagna. A concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: em busca da melhor interpretação, p. 20.
- <sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 6, p. 118.
- <sup>21</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões, p. 213.
- <sup>22</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 6. p. 120.
- <sup>23</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões, v. 6. p. 213.
- <sup>24</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional, p. 147.

## REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975. t. II. 114 p.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. In: CAMBLER, Everaldo. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6. 525 p.

DIAS, Maria Berenice. Filhos, bens e amor não combinam! ou a concorrência sucessória. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5165>>. Acesso em: 9 mai. 2006.

DIAS, Maria Berenice. Ponto e vírgula. Maria Berenice Dias. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br>>. Acesso em: 24 fev. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6. 406 p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito das sucessões – da sucessão em geral; da sucessão legítima. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20. 283 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI. 854 p.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: em busca da melhor interpretação. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. VIII, n. 39 p. 17-30, dez- jan 2007.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito das sucessões no novo código civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 292 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 426 p.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no Código Civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, v. VIII, n. 36 p. 139-169, jun./jul. 2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005. 229 p.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*. Caderno A. 12/4/2003. p. 2. col 3-6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1.988. v. 7. 288 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. VII, 402 p.