

ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL: OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE

ALICE DE SOUZA BIRCHAL

1 - INTRODUÇÃO:

A questão primordial a que se pretende responder através deste estudo refere-se ao entendimento sobre como ficará a sucessão do cônjuge falecido em relação ao cônjuge supérstite (sobrevivente), quando o casal celebrou casamento sob o regime da comunhão parcial de bens, já que a redação do inciso I, do art. 1.829 do CC/02, é demasiadamente confusa, afirmação essa com a qual, como se demonstrará, concorda a maioria da doutrina especializada.

Não se pode, porém, adentrar especificamente o assunto apresentado, sem antes fazer uma incursão sobre o Direito de Família para, através dele, entender um pouco sobre os regimes de bens e então passar, detalhadamente, ao estudo da sucessão em benefício do cônjuge sobrevivente.

O novo Código Civil estabeleceu 4 regimes de bens, quais sejam: o da separação (inclusive obrigatória para, p. ex., os maiores de 60 anos – art. 1641); o da comunhão parcial (art. 1658 e ss.); o da comunhão universal (art. 1.667), e inovou, com o regime da participação final nos aquestos (art. 1672). Excluiu, portanto, o regime dotal, pelo seu desuso, como já preceituava a doutrina. Atente-se ainda que o casal poderá alterar o regime de bens escolhido durante o casamento, se casados após 11/01/2003, e sob autorização judicial, desde que a alteração não lese interesse de terceiros (1639, §2º).

Aqui interessa apenas a comunhão parcial de bens e, nela, apenas os bens adquiridos a título oneroso (não gratuito) na constância (enquanto durar) do casamento e que pertencerão, a título de propriedade, a ambos os cônjuges. Melhor esclarecendo: na vigência do regime de comunhão parcial de bens, tudo o que for adquirido a título oneroso, ainda que por apenas um dos cônjuges, pertencerá a ambos os cônjuges, em partes iguais, por força de lei – arts. 1658 a 1666. A isso se dá o nome de comunicação de bens, ou seja, neste regime, os cônjuges serão condôminos dos bens adquiridos a título oneroso, na constância do casamento.

Acrescente-se que não se comunicam (pertencem apenas ao cônjuge seu proprietário) – art. 1659:

- a) os bens que a cada um pertenciam antes do casamento;
- b) os bens que cada um deles adquirir exclusivamente por doação (gratuita) ou sucessão de terceiro. P. ex.: o pai do marido falece, então a herança deixada é apenas do marido; o tio da esposa doa a ela uma casa, então a casa pertencerá apenas a ela;
- c) os bens sub-rogados aos da letra a e b, isto é, se a mulher vende a casa que lhe foi doada pelo tio e compra dois apartamentos, os apartamentos pertencerão exclusivamente a ela;
- d) as obrigações anteriores ao casamento e as provenientes de atos ilícitos praticados por apenas um deles, p. ex., uma condenação em dinheiro – indenização - pelo atropelamento de um pedestre;
- e) os bens de uso pessoal e livros de profissão;
- f) os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- g) as pensões e rendas semelhantes.

Atenção especial despertam os proventos colocados na letra f, que já causava confusão interpretativa no Código anterior, cuja redação semelhante existia no regime da comunhão universal, inciso XIII, do antigo art. 263, que também excluía da comunhão os frutos civis do trabalho e indústria de cada cônjuge.

Ora, a maioria dos casais adquire seus bens com o fruto de seu trabalho e este resultado é que constitui o patrimônio do casal adquirido na constância do matrimônio. Como excluí-lo da comunhão, então? Ademais, se as doações e bens de sucessão recebidos individualmente por cada um dos cônjuges não entram na comunhão parcial, qual seria, afinal, o patrimônio do casal sob esse regime? Parece que a solução será manter a interpretação anterior e, nesse sentido, entender que apenas o salário dos meses que sucederem à separação ou à morte não entram na comunhão, mas o produto deste salário que se reverta em patrimônio será, sim, do casal, p. ex., a poupança que eles fizeram com esse dinheiro, a compra do carro ou do apartamento etc.

Outro problema é que a lei e doutrina não deixam claro o que são bens particulares, mas para a maioria são apenas “os que possuíam ao casar”^[1]. Parece, porém, que também são particulares aqueles que estão no rol dos excluídos da comunhão – art. 1659, CC/02 -, acima citados, pois pertencem exclusivamente ao cônjuge seu proprietário e não integram o

patrimônio do outro cônjuge (não há comunicação desses bens). Tal circunstância se refletirá nas sucessões, como se verá.

Para concluir esta primeira parte, têm-se, em resumo, que:

- a) a comunhão parcial faz com que o bem pertença ao patrimônio do casal, ou seja, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso;
- b) assim, cada um dos esposos tem a propriedade da metade do patrimônio comum (do casal), isto é, a sua MEAÇÃO, que é instituto do Direito de Família, conforme o regime patrimonial adotado para o casamento;
- c) não importa qual dos cônjuges tenha despendido recursos para a aquisição do patrimônio na constância do casamento: ambos são titulares (proprietários) dos bens;
- d) para este estudo, bens particulares são todos os excluídos por lei da comunhão, dependendo do regime patrimonial que rege o casamento.

2 – O cônjuge sobrevivente no art. 1.829 do Código Civil de 2002.

O primeiro alerta a ser feito é que a redação do art. 1.829, I, do CC/02 está confusa demais e, por isso, tem trazido interpretações divergentes sobre o tema. O problema interpretativo só poderá ser minimizado quando houver decisões judiciais e, por consequência, julgados nos Tribunais Superiores que possam elucidar a questão, ou até que a redação seja revista em projetos de reforma da lei. Aqui se dará um panorama do que até agora estão pensando os doutos, e então, concluir-se-á o pensamento neste momento tão tumultuado de implantação do novo texto legal.

O citado art. 1.829 ocupa-se da ordem de chamamento do cônjuge e dos parentes do defunto a ocuparem a titularidade dos bens por ele deixados. Trata-se de sucessão no patrimônio do defunto, por isso nossa lei enumera quais são as pessoas que, com a morte do titular de um patrimônio, podem assumir, no mesmo instante, a titularidade destes bens. De acordo com o novo art. 1.829 do CC/02, não havendo testamento, são as seguintes as pessoas titulares do patrimônio do morto:

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 de bens, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais".

Conforme anunciado, o presente estudo ocupará-se dos incisos I; II e III, do citado artigo, e apenas no que se refere ao cônjuge.

A redação do inciso I é a que tem gerado discordância entre os intérpretes da nova lei civil. Ressalte-se que há confusão, no artigo, entre os temas de Direito de Família e aqueles referentes ao Direito das Sucessões.

Como dito na introdução, meação é direito patrimonial advindo do regime de bens do casamento, e pertencente, portanto, ao Direito de Família. A meação se fará toda vez que a sociedade ou o vínculo conjugal for desfeito, como na separação ou no divórcio do casal, oportunidade em que também cessa a comunhão dos bens e a partilha dos mesmos também se fará, meio pelo meio entre os cônjuges. Funciona como nas extinções das sociedades em geral, em que os sócios do patrimônio partem-no de acordo com a quantidade do que são titulares. Portanto, se dois amigos compram um carro em condomínio, cada um colaborando com a metade do seu valor, quando o venderem (dissolverem a sociedade) a cada um pertencerá, de pleno direito de propriedade, a metade do valor da venda.

A morte de um dos cônjuges também faz cessar o condomínio entre eles. Por ela, o cônjuge sobrevivente tem direito à metade do patrimônio do casal, obedecidas as limitações do regime de bens que impera naquele casamento. Assim, o patrimônio comum será dividido em duas partes iguais, segundo as regras do regime de bens, para isolar quais bens pertencem à meação do cônjuge sobrevivente e quais aqueles que integram o patrimônio (meação) do de cujus, pelo Direito de Família. A meação do de cujus, que constituía o patrimônio individual dele, é imediatamente transmitida aos seus herdeiros e legatários, segundo as regras do Direito Sucessório.

A herança constitui-se de todo o patrimônio exclusivamente do falecido, ou seja, com a morte de um dos cônjuges faz-se, primeiro, a meação dos bens comuns, a esta meação soma-se o patrimônio particular do de cujus, este todo patrimonial – débitos e créditos -, constitui a

herança. Assim, a herança é a universalidade de bens deixada pelo falecido e será transferida aos seus sucessores.

Pode-se dizer que a morte gera dois efeitos distintos:

- a) pelo Direito de Família, extingue o casamento. Por isso, cessa o regime de bens entre os cônjuges, cuja meação do patrimônio comum seguirá as regras do regime de bens;
- b) pelo Direito das Sucessões, o patrimônio do falecido, agora herança, será imediatamente transmitida a seus herdeiros e legatários (*droit de saisine*).

A redação do inciso I, art. 1829, confunde os princípios meação e herança, e vincula o direito de herança do cônjuge sobrevivente ao regime de casamento existente à data da morte[2], o que por si só é uma incoerência, já que meação e herança são institutos diversos, aquela pertencente ao Direito de Família e esta ao de Sucessões. Atraiu como condição ao direito de suceder o regime de bens do casamento. Não parece boa técnica, ainda mais quando, no inciso II, o legislador permite que o cônjuge concorra com os ascendentes (pais; avós etc), independentemente do regime de bens adotado no casamento, alterando, injustificadamente, a técnica escolhida para o inciso I. Isto é, usou uma técnica para o inciso I e a dispensou no inciso II.

A leitura do caput do art. 1829, combinada com o inciso I, leva à seguinte interpretação gramatical, conforme se passa a demonstrar: os descendentes herdarão em concorrência com o cônjuge sobrevivente, a totalidade da herança do de cujus, exceto nas seguintes hipóteses:

- a) se o falecido era casado sob o regime da comunhão universal;
- b) se casado o de cujus sob o regime da separação obrigatória de bens;
- c) se, casado sob o regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Nas hipóteses das letras a e b supra citadas, embora não pareça conveniente ao Direito das Sucessões, é fácil justificar a opção do legislador, pois:

I) no regime da comunhão total, salvo algumas poucas exceções, comunicam-se os bens adquiridos antes e durante o casamento. Então, a meação dos cônjuges, por ocasião da morte de um deles já será, em regra, mais valiosa patrimonialmente do que a meação dos outros regimes de bens;

II) no regime da separação obrigatória (imposto por lei), o que se quer, exatamente, é impedir que o viúvo se beneficie do patrimônio do falecido; por isso a sua exclusão, na herança, se justifica;

Porém, observe-se: não foi razoável a escolha do legislador, pois vincula a concorrência do cônjuge com descendentes, na herança, ao regime de bens, quando, na verdade, são institutos diferentes que não se confundem e não deviam estar submetidos um ao outro.

Neste momento é preciso enfrentar a segunda parte do inciso I, do art. 1.829, que diz:

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

I - (...) salvo se (...); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Voltando à interpretação gramatical, a expressão "salvo" antes do ponto de vírgula, deve ser subentendida na segunda parte do texto legal "ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares" para que seja obedecido o paralelismo sintático do período, justificando, assim, o que se afirmou alhures: o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, herdará em concorrência com os descendentes a totalidade da herança, desde que o falecido tenha deixado bens particulares.[3]

A justificativa desta interpretação gramatical, reflete-se na interpretação pela mens legis porque o caput do art. 1.829 trata da sucessão legítima e, então, refere-se a todo patrimônio deixado como herança pelo falecido, ou seja, ativo, passivo, bens particulares e bens da meação.

Exemplificam, entendendo que no regime da comunhão parcial o cônjuge sobrevivente concorrerá também na parcela dos bens particulares[4], GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA e FRANCISCO JOSÉ CAHALI:

Veja-se que o se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial, e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação; mas se o único bem particular, adquirido antes do casamento, for uma linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro.[5]

Observe-se, portanto, que por ocasião da morte de um dos cônjuges é forçoso, em primeiro

lugar, realizar a meação do patrimônio comum ao casal, porque a morte extingue a sociedade conjugal. Então, tudo que não pertencer, por Direito de Família, ao cônjuge viúvo, constituirá HERANÇA deixada pelo defunto, não se fazendo distinção mais, nesse montante, se são bens particulares ou não. Esclarecendo melhor: retirada a meação do viúvo, todo o resto constitui a herança deixada pelo falecido e, portanto, esta universalidade de bens é que deve ser dada à sucessão legítima da qual participa o cônjuge, concorrentemente, salvo nas hipóteses do inciso I.

Acrescente-se que o Código inovou no art. 1845, e classificou o cônjuge como herdeiro necessário – assim como os descendentes e ascendentes –, o que também não parece boa técnica, por a ele já estarem resguardados a meação e o direito real de habitação – art. 1831 –, e por ser contemplado em testamento.

À classe dos herdeiros necessários é reservada, no mínimo, a legítima, e nisso reside a sua vantagem em relação aos herdeiros simplesmente legítimos (colaterais e Estado). Isto significa dizer que o cônjuge concorrerá com os descendentes (art. 1829,I) ou ascendentes (art. 1829, II) na parte legítima da herança, ou seja, o viúvo tem direito a concorrer com os descendentes ou ascendentes do falecido, no mínimo, em 50% da herança[6].

Os outros 50% da HERANÇA podem ser destinados, por testamento, a quem o titular do patrimônio quiser, pois pertencem à sua parte disponível. Ou seja, se o de cujus for casado em comunhão parcial de bens e tiver bens particulares, ele não pode excluir o cônjuge da legítima, mas pode realizar testamento deixando patrimônio correspondente ao limite de sua metade disponível, a quem desejar.

Por esta razão, se uma pessoa casada sob o regime da comunhão parcial, que tenha bens particulares, desejar deixar para um amigo a sua herança, só lhe é permitido dispor em testamento da metade dessa herança para o amigo, pois a outra metade pertence de pleno direito, concorrentemente, aos herdeiros necessários, ou seja, aos descendentes e cônjuge, ou ascendentes e cônjuge.

Exemplificando: o casal tinha patrimônio comum de R\$240.000,00. Então, R\$120.000,00 são a meação do falecido e R\$120.000,00 a meação do viúvo. Portanto, a herança é de R\$120.000,00. Desses R\$120.000,00, R\$60.000,00 compõem a legítima dos herdeiros necessários, assim o cônjuge sobrevivente tem direito a concorrer com os descendentes (exceto art. 1829,I) no mínimo nestes R\$60.000,00, se houver testamento, ou em R\$120.000,00, se não houver testamento.

Saliente-se que o art. 1829,I omitiu como será a sucessão do cônjuge se o regime de bens for o da participação final nos aquestos (art. 1672). Como o caput do artigo refere-se à sucessão legítima e exclui apenas as três situações do art. 1829,I, parece que a melhor interpretação é atribuir a condição de herdeiro àquele casado sob esse regime, além de o cônjuge ser herdeiro necessário.

Comunga dos mesmos entendimentos LUCIANO VIANNA ARAÚJO, verbis:

Por fim, a lei excepciona, também, o cônjuge supérstite casado pelo regime da comunhão parcial, desde que não haja bens particulares (art. 1.659, incisos I e II, do novo Código Civil).

Na verdade, diante das ressalvas legais, somente nas hipótese de regime de separação convencional de bens; comunhão parcial, existindo bens particulares do falecido; e de participação final nos aquestos, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes.[7]

No mesmo sentido, GISELE PEREIRA JORGE LEITE, afirma:

Se o de cujus não possuía bens particulares, o consorte supérstite não será herdeiro, porém terá garantida a sua meação. Cumpre assinalar que meação não é herança e sim, puro reflexo do regime de bens vigente naquela sociedade conjugal que se extinguiu com a morte do autor da herança. Aliás, a meação sempre existirá nas demais hipóteses de extinção da sociedade conjugal.

Sendo assim havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente fará jus à meação e também a uma parcela sobre todo o acervo hereditário(herança). Concorre assim em igualdade de condições juntamente com os descendentes e ascendentes.[8]

Com alguma divergência no tocante à interpretação apontada acima, SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB entende pela exigibilidade de bens particulares como condição para haver concorrência do cônjuge nos três regimes de bens apontados no inciso I do art. 1829, defendendo:

Se o regime adotado for o da comunhão universal, da separação obrigatória ou da comunhão parcial, sem bens particulares, não haverá a concorrência;

Se, ao contrário, no casamento tiverem adotado o regime da comunhão parcial e o falecido

tinha bens particulares, ou na separação total voluntária ou convencional, ou, ainda, no regime de participação final nos aqüestos, haverá a concorrência, chamando-se o cônjuge para receber uma parcela com os descendentes.

Vale lembrar que a herança será calculada sobre todos os bens que compõem o acervo hereditário e não somente os bens particulares, como lembra Maria Helena Diniz.[9]

Com certeza a redação da segunda parte do inciso I, do 1829, é a que vem provocando as mais diferentes e divergentes interpretações doutrinárias do artigo em estudo. Há duas outras interpretações divulgadas por autores especializados no tema, como a de INÁCIO DE CARVALHO NETO:

Pela nova disposição legal, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ou seja, herda o cônjuge se for casado com regime de separação total de bens, participação final nos aqüestos ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens.[10]

E a de ROLF MADALENO:

Em realidade, a concorrência do cônjuge na sucessão como herdeiro necessário só se dá na comunhão parcial e se houver bens particulares do sucedido, pois os bens comunicáveis já são repartidos por consequência da meação. Ou seja, só existe direito sucessório do cônjuge sobrevivente sobre os bens particulares do consorte morto e se o regime não foi o da total separação de bens.[11]

O inciso II, do art. 1829 permite que o cônjuge viúvo herde, em concorrência com os ascendentes, independentemente do regime de bens contraído, o que é, no mínimo discrepante com o inciso I.

O inciso III do artigo em estudo dá ao cônjuge viúvo a totalidade da herança do de cujus, também sem qualquer limitação quanto ao regime de bens, já que não há outros herdeiros necessários (descendentes nem ascendentes).

Ainda é preciso lembrar que: para o cônjuge sobrevivente concorrer ou herdar sozinho, é necessário, além da hipótese do artigo 1829, que não esteja separado judicialmente, nem de fato por mais de 2 anos, por sua culpa[12], como preceitua o art. 1830.

Os colaterais do falecido (irmãos, sobrinhos ou tios) herdarão apenas se não houver cônjuge ou testamento, já que não são herdeiros necessários.

3 – O cálculo da herança na concorrência do cônjuge sobrevivente: 1829, I; 1832; 1837.

Reitere-se: ocorrendo a morte do cônjuge, o primeiro passo é realizar a meação, obedecendo ao regime de bens daquele casamento, para se ter o valor do patrimônio de cada cônjuge. O cônjuge sobrevivente fica com a sua meação, pelo Direito de Família. A outra metade é a herança deixada pelo falecido. Dela abatem-se as dívidas exclusivamente por ele contraídas, tendo-se, por fim, o valor do montante a ser dividido entre os herdeiros necessários concorrentes (descendentes; ascendentes e cônjuge), ressalvadas as hipóteses do art. 1829,I. Para se entender o cálculo matemático da divisão da herança quando o cônjuge viúvo é herdeiro concorrente, é necessário que se trate primeiro da concorrência com descendentes para, então, tratar-se da concorrência com ascendentes, já que os ascendentes só herdam na hipótese de não haver nenhum descendente vivo ou nascituro.

3.1 – O cônjuge concorrendo com descendentes: 1829, I e 1832

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

A redação do art. 1832 é simples e direta ao resguardar ao cônjuge sobrevivente cota não inferior a ¼ da herança deixada pelo falecido, se os filhos do casal forem comuns de ambos os cônjuges. Para exemplificar, três situações podem ocorrer, no casamento sob o regime da comunhão parcial, e havendo bens particulares de ambos e filhos comuns:

a) o casal tem dois filhos e um patrimônio comum de R\$120.000,00. Morto um cônjuge, extingue-se a sociedade conjugal, ficando R\$60.000,00 a título de meação ao viúvo e R\$60.000,00 de herança a ser dividida entre herdeiros concorrentes. Então, a herança será dividida em 3 partes iguais, cabendo ao cônjuge viúvo R\$20.000,00 e a cada um dos dois filhos R\$20.000,00;

b) o casal tem três filhos comuns e um patrimônio comum de R\$120.000,00. Morto um cônjuge, extingue-se a sociedade conjugal, ficando R\$60.000,00 a título de meação ao viúvo e

R\$60.000,00 de herança a ser dividida entre herdeiros concorrentes. Então, a herança será dividida em 4 partes iguais, cabendo ao cônjuge viúvo R\$15.000,00 e a cada um dos três filhos R\$15.000,00;

c) o casal tem quatro filhos comuns e um patrimônio comum de R\$120.000,00. Morto um cônjuge, extingue-se a sociedade conjugal, ficando R\$60.000,00 a título de meação ao viúvo e R\$60.000,00 de herança, a ser dividida entre herdeiros concorrentes. Então, a herança será dividida em 4 partes iguais, cabendo ao cônjuge viúvo R\$15.000,00, porque a lei a ele assegura o mínimo de $\frac{1}{4}$ da herança. Dos R\$60.000,00, abatem-se os R\$15.000,00 do viúvo, restando R\$45.000,00 a serem divididos a cada um dos quatro filhos, isto é, caberá R\$11.250,00, a cada um deles.

O Código foi omissivo e não contemplou a hipótese de haver filhos comuns e não comuns a ambos os cônjuges, como v. g., filhos do primeiro e segundo casamento, como fez na união estável (art. 1790,I e II), embora também lá a solução não agrade. Parece que a melhor interpretação é que dá ao cônjuge, em concorrência com filhos comuns e não comuns, uma cota igual a de todos os filhos, para que não haja porções diferentes entre filhos do primeiro e segundo casamento, em relação ao falecido. Essa mesma interpretação é dada por LUCIANO VIANA ARAÚJO:

Todavia, se o cônjuge não for o ascendente dos descendentes sucessíveis, receberá, independente do número de herdeiros, cota igual a dos descendentes.

Já SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB conclui de outra forma e, ao que parece, atribui porções diferentes da herança para filhos do primeiro relacionamento e do segundo, o que seria uma inconstitucionalidade diante da igualdade entre eles em relação ao seu genitor:

(...) se o falecido deixou filhos de dois casamentos e o cônjuge sobrevivente é ascendente de parte dos herdeiros, caberá ao Judiciário dividir essa herança, porque tal hipótese não foi resolvida pelo Novo Código Civil. Deverá o juiz aplicar as normas do art. 1.832, isto é, calcular o monte destinado às legítimas, dividir esse monte pelo número de filhos, acrescentar o cônjuge e fazer um segundo cálculo, separando um tanto para os filhos dos quais é o cônjuge ascendente e outro tanto para os demais filhos.

3.2 - O cônjuge concorrendo com ascendentes: 1837

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

A leitura do art. 1837 não oferece dificuldades, mas resta lembrar que os ascendentes só serão chamados à sucessão em concorrência com o cônjuge viúvo, se não houver descendentes do falecido vivo ou sequer concebido. Ademais, a sucessão do cônjuge em concorrência com ascendentes na herança se dá, independentemente do regime de bens do casamento, das seguintes formas:

- a) havendo dois ascendentes de primeiro grau (pai e mãe): $\frac{1}{3}$ para o cônjuge, $\frac{1}{3}$ para o pai e $\frac{1}{3}$ para mãe;
- b) havendo um ascendente de primeiro grau (pai ou mãe) do falecido: metade para o cônjuge e metade para o pai ou para a mãe;
- c) havendo ascendentes do segundo grau (avó e/ou avô): metade para o cônjuge; 25% para a avó e 25% para o avô;
- d) havendo ascendente do terceiro grau (bisavó e/ou bisavô): metade para o cônjuge; 25% para a bisavó e 25% para o bisavô.

Por fim: não tendo o falecido deixado vivos descendentes ou ascendentes seus, a totalidade da herança é dada ao cônjuge sobrevivente, se não houver testamento dispondo de forma diversa sobre a parte disponível, já que o cônjuge é herdeiro necessário.

4 - Conclusão:

Infelizmente andou mal a nova legislação ao confundir os institutos de Direito de Família com o de Sucessão, notadamente no que se refere a incluir o cônjuge como herdeiro necessário, mas, no tocante à ordem de chamamento à herança, excluí-lo de acordo com o regime de bens do casamento. Ora, ou se é herdeiro necessário ou não se é. Não há como criar, no Direito Sucessório, uma classe especial de herdeiros necessários (cônjuge), discriminando-o pelo regime de bens, o que parece, até, inconstitucional.

Ademais, as omissões trazem inúmeras dúvidas no campo prático da aplicação dos dispositivos legais por ocasião da partilha da herança, o que certamente será campo livre de discórdias entre os ditos herdeiros necessários, tornando o inventário muito mais litigioso do que o faz a redação dada pelo CC/16.

Aqui sequer se ocupou do paralelismo comparativo entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro em união estável trazido pelo CC/02, que mais celeumas e injustiças vem causando, além de perplexidade.

Resta, agora, contar com o bom senso dos julgadores na aplicação da lei, para que a interpretação apurada não dê campo a injustiças.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, LUCIANO VIANNA. Ordem De Vocação Hereditária No Novo Código Civil: Os Direitos Sucessórios Do Cônjuge. <http://www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/art48.htm>. Rio de Janeiro, 3 de fevereiro de 2002.

CAHALI, Fransico José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso avançado de direito civil., direito das sucessões. Vol. 6, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2000.

CARVALHO NETO, Inácio de. A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro no Novo Código Civil. [.http://www.gontijo-familia.adv.br](http://www.gontijo-familia.adv.br).

CATEB, Salomão de Araújo. Da Sucessão Legítima no CCB/2002. <http://www.gontijo-familia.adv.br>.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.6: direito das sucessões, 17ª, ed., atual, CC/02 - São Paulo: Saraiva, p. 112.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. O Novo Direito Civil Sucessório. <http://www.faroljuridico.adv.br>.

MADALENO, Rolf. O Novo Direito Sucessório Brasileiro. <http://www.gontijo-familia.adv.br>.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: direito das sucessões, V.7, 25 ed., atual. CC/02, São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002

Notas:

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002 - p. 179

[2] O art. 1829, I colocou o cônjuge como herdeiro em concorrência com os descendentes, dependendo do regime de bens, além de o art. 1845, trazer o cônjuge como herdeiro necessário.

[3] No mesmo sentido, SÍLVIO RODRIGUES e ZENO VELOSO: "A concorrência como cônjuge sobrevivente com os descendentes do de cujus vai depender do regime matrimonial de bens. Como dispõe o art. 1829,I, do Código Civil, não haverá essa concorrência se o cônjuge tiver sido casado com o falecido (...) no regime da comunhão parcial (art. 1658), o autor da herança não houver deixado bens particulares." In Direito civil. direito das sucessões, V.7, 25 ed., atual. CC/02, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98. E, MARIA HELENA DINIZ: "Pelo novo Código Civil, convém repetir, haverá concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuía bens particulares." In Curso de direito civil brasileiro, v.6: direito das sucessões, 17ª, ed., atual, CC/02 - São Paulo: Saraiva, p. 112.

[4] Com o mesmo posicionamento, MARIA HELENA DINIZ: "(...) sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do de cujus" In Curso de direito civil brasileiro, v.6: direito das sucessões, 17ª, ed., atual, CC/02 - São Paulo: Saraiva, p. 112.

[5] In Curso avançado de direito civil., direito das sucessões. Vol. 6, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2000, p.247.

[6] Os herdeiros necessários só podem ser excluídos da sucessão por deserdação (pelo testador) ou indignidade (por outros interessados), mas o CC/02 é omissivo quanto a estes institutos para o cônjuge, só os prevendo para descendentes e ascendentes, porém a analogia deverá ser utilizada.

[7] Ordem De Vocação Hereditária No Novo Código Civil: Os Direitos Sucessórios Do Cônjuge <http://www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/art48.htm>. Rio de Janeiro, 3 de fevereiro de 2002.

[8] In O Novo Direito Civil Sucessório. <http://www.faroljuridico.adv.br>.

[9] In Da Sucessão Legítima no CCB/2002. <http://www.gontijo-familia.adv.br>.

[10] In A Sucessão Do Cônjuge E Do Companheiro No Novo Código Civil. <http://www.gontijo-familia.adv.br>

[11] In O Novo Direito Sucessório Brasileiro. [.http://www.gontijo-familia.adv.br](http://www.gontijo-familia.adv.br).

[12] A doutrina, com acerto, tem criticado esta hipótese, uma vez que inventário não é sede para se discutir culpa, além da teoria da culpa já ter se mostrado inútil à sociedade contemporânea.