

A NOVA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A SUCESSÃO DOS CÔNJUGES

Eduardo de Oliveira Leite

Doutor em Direito e Pós-doutor em Direito de Família.

Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPR.

Advogado no Paraná.

Contrariamente ao que se veiculou, superficial e aleatoriamente, na mídia nacional, o Direito das Sucessões sofreu diversas e substanciais modificações, supressões e novas inserções, que resgataram seu papel no ambiente geral do Direito Civil, mantendo seu escopo fundamental de "direito da mortalidade"¹.

Assim, para confirmar o que se está afirmando, basta ressaltar que as alterações pontuaram todos os títulos e capítulos do Direito das Sucessões. Aos anteriores 233 artigos (do Código Civil de 1916) introduziram-se 30 (trinta) novos artigos (são eles, os artigos, 1.790, 1.793, 1.794, 1.795, 1.797, 1.798, 1.800, 1.803, 1.804, 1.824, 1.825, 1.826, 1.827, 1.828, 1.832, 1.833, 1.834, 1.837, 1.845, 1.859, 1.879, 1.889, 1.890, 1.909, 1.910, 1.945, 1.952, 1.954, 1.991 e 2.014).

Destes, muitos implicaram na criação de novas seções dentro do Direito das Sucessões, como é o caso da "Cessão de Direitos" (artigos 1.793 a 1.795), de parte da "Vocação Hereditária" (artigos 1.789 a 1.803), da "Petição de herança" (artigos 1.824 a 1.828), para citar os exemplos mais expressivos.

Mas não é só, como poder-se-ia raciocinar em atitude reducionista.

Dos 243 novos artigos, 170 (cento e setenta) sofreram alteração, quer no seu conteúdo, quer na forma; ou seja, praticamente dois terços dos antigos dispositivos constantes no Código Civil de 1916 passaram a ter nova redação.

Das modificações ocorridas, a que, talvez, gera maior perplexidade é a decorrente do disposto no artigo 1.829, que alterou profundamente nossa tradicional ordem de vocação hereditária.

O novo sistema codificado traz mudanças nas regras sobre a partilha de bens que tendem a garantir mais segurança aos cônjuges sobreviventes. A nova lei, valorizando as situações jurídicas existenciais, beneficia aqueles que ajudaram a construir um patrimônio (o marido, ou a mulher) e que, pela sistemática do antigo Código, acabavam sendo prejudicados na divisão dos bens.

Guindado, agora, à categoria de herdeiro necessário, o cônjuge sobrevivente concorre à divisão da legítima, em igualdade com os filhos ou ascendentes do falecido. O novo Código, sem sombra de dúvida, passa a privilegiar o círculo familiar mais restrito, em detrimento dos colaterais. Ganha realce a família nuclear, minora-se a consideração da família patriarcal.

Agora, em mudança radical e ascensão inimaginável, o cônjuge sobrevivente passa a concorrer com os ascendentes (em primeiro lugar) e com os ascendentes (em segundo lugar): deixa de ser herdeiro legítimo facultativo e ganha novo *status* de herdeiro legítimo necessário. De terceiro lugar - posição ocupada no início do século, na ordem de vocação hereditária - passa para o primeiro lugar na ordem de preferência.

A mudança é significativa e causa espécie; quer porque rompe com uma tradição secular do direito sucessório nacional, quer porque nos obriga a raciocinar a partir de outra

dinâmica à qual não estamos habituados. Mas é justa e vem imantada de significação social como se passará a examinar.

Talvez, como já dissera Miguel Reale, a razão primeira de tal mudança remonte à alteração radical no tocante ao regime de bens, antes prevalecendo o da comunhão universal (até 1977), de tal maneira que cada cônjuge era meeiro, não havendo razão alguma para ser herdeiro. "Tendo já a metade do patrimônio", diz Miguel Reale, "ficava excluída a idéia de herança. Mas, desde o momento em que passamos do regime de comunhão universal para o regime parcial de bens ... a situação mudou completamente. Seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio a ser objeto da sucessão. Nesse caso, o cônjuge, quando casado no regime da separação parcial de bens (note-se), concorre com os descendentes e com os ascendentes até a quarta parte da herança. De maneira que são duas as razões que justificam esse entendimento: de um lado, uma razão de ordem jurídica, que é a mudança do regime de bens do casamento; e a outra, a absoluta equiparação do homem e da mulher, pois a grande beneficiada com tal dispositivo é, no fundo, mais a mulher do que o homem"².

Com efeito, Miguel Reale resgatou duas noções fundamentais que passam a dominar a exegese do novo sistema de partilhamento dos bens: a valorização dos cônjuges e a premissa geral de que "quem é meeiro, não deve ser herdeiro". Em outras palavras, quem já ganhou a meação, não deve pretender vantagens de ordem sucessória.

A nova proposta guarda grande sintonia com a proposta do legislador português que, no artigo 2.133.1; letras "a" e "b", colocou o cônjuge sobrevivente ao lado dos descendentes e dos ascendentes, na primeira e segunda classes dos sucessíveis chamados por lei. A inovação - como ressaltara a doutrina portuguesa abalisada - só se justifica pela irresistível intenção de favorecer o cônjuge sobrevivente, partícipe incontestemente da comunhão de vida e de interesses que caracterizam a sociedade conjugal e que, certamente, não desaparece com a dissolução do casamento.

Conforme afirmáramos em nossos Comentários ao novo Código Civil³, "enquanto no regime anterior, o cônjuge sobrevivente, na qualidade de herdeiro facultativo poderia ser afastado da sucessão (através, por exemplo, de disposição testamentária a favor de terceiros, ou pela destinação da quota disponível ao pagamento de dívidas deixadas pelo *de cujus*) agora, corretamente, o cônjuge sobrevivente é guindado à categoria de herdeiro necessário, sem possibilidade de ser excluído da sucessão. Ainda que o *de cujus* comprometa toda a sua quota disponível, o cônjuge sobrevivente tem direito à sua quota na legítima".

"A posição do cônjuge", como concluiu agudamente José de Oliveira Ascensão, "não é mais de usufrutuário: é de herdeiro real. Ela vai ficar verdadeiramente titular de quota da herança"⁴.

A vida em comum que caracterizou o projeto comum de casamento passa a se estender, após a morte do outro cônjuge, no direito sucessório. Na sistemática de 1916, os descendentes e ascendentes, primeiramente, eram invocados na "continuidade" dos efeitos do falecido, que, agora, acertadamente, *passa* a ser substituída pelo cônjuge sobrevivente com afastamento dos ascendentes; porque a premissa é a de que o cônjuge sobrevivente foi quem partilhou a vida em comum do casal e não, certamente, os ascendentes.

Abre, porém, o legislador, as exceções decorrentes do regime de bens, na segunda parte do referido artigo, quando cita o regime de comunhão universal de bens, o regime de comunhão parcial de bens e o regime de separação legal (obrigatória) de bens. Nos

dois primeiros casos (comunhão universal ou parcial de bens) porque, já meeiro, está economicamente amparado.

É a aplicação do princípio básico anteriormente invocado ("quem é meeiro, não deve ser herdeiro"); porque não é justo que, além da meação, o cônjuge sobrevivente concorra com aquela classe (descendentes) de herdeiros. Tal *bis in idem* fica negado pela sistemática abraçada pelo legislador nacional.

Exemplificativamente: Em patrimônio correspondente a R\$ 100.000,00, no regime de comunhão universal de bens, biparte-se o acervo em duas partes: R\$ 50.000,00 correspondentes à meação, e os outros R\$ 50.000,00 correspondentes à parte do de *cujus* (na realidade, R\$ 25.000,00 correspondentes à legítima + R\$ 25.000,00 correspondentes à quota disponível). Ora, não é justificável que ao cônjuge sobrevivente (casado no regime de comunhão universal de bens) revertesse a meação (R\$ 50.000,00 no nosso exemplo) mais parte da legítima (exemplificativamente, mais R\$ 12.500,00, se concorresse com apenas um filho) num total de R\$ 62.500,00 (isto é, R\$ 50.000,00 da meação + R\$ 12.500,00 de parte da legítima) porque a lei é clara na exceção aberta em relação ao regime de comunhão universal de bens.

O legislador limitou a pretensão do cônjuge sobrevivente porque uma vez meeiro (em decorrência do regime de comunhão universal) não deve ser herdeiro, sob risco de ser gratificado duas vezes.

Vale, porém, ressaltar que, se o cônjuge concorrer com descendentes e estes não puderem ou não quiserem aceitar a herança, o cônjuge sobrevivente receberá, por acrescer, a totalidade da herança. Situação excepcional, mas perfeitamente possível.

Em se tratando de regime de separação obrigatória de bens - Segunda hipótese excetuada pelo legislador - cada cônjuge mantém o seu próprio acervo patrimonial, já que na separação não há que se falar em patrimônio comum. Na abertura da sucessão, o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação do outro, porque o regime repudia divisão do que nunca foi comum.

O que ocorre é a manutenção dos bens particulares (anteriores ao casamento) e também dos bens particulares; (posteriores ao casamento). Massas distintas, patrimônios individuais, que não se comunicam no regime da separação obrigatória de bens. Logo, diante da ressalva da lei, o cônjuge sobrevivente não concorrerá com a classe dos descendentes.

Relativamente ao regime da separação obrigatória de bens, a exceção argüida pelo legislador é procedente uma vez que, tratando-se de separação legal (imposta, pois, pela lei), não há que se falar em concorrência. O que é vedado por lei não pode ser contornado pela própria lei e em manifesta contradição ao espírito da separação.

Equívocou-se, porém, o legislador ao invocar o artigo 1.640 parágrafo único, logo após referir-se à separação obrigatória de bens, induzindo o leitor desavisado a inferir que o artigo citado refere-se ao regime de separação obrigatória de bens quando, na realidade, o artigo evocado refere-se ao regime da comunhão parcial de bens. Como já apontáramos nos *Comentários*, "melhor seria que o texto não invocasse qualquer artigo, limitando-se a arrolar os regimes de bens geradores da quebra da regra geral"⁵.

O artigo 1.641 do novo Código Civil impõe o regime da separação obrigatória de bens às pessoas que contraírem o casamento sem observar as causas suspensivas da sua celebração (artigo 1.523 do novo Código Civil); à pessoa maior de sessenta anos e a todos que dependerem, para casar de suprimento judicial.

Muito se discutiu - no regime do Código Civil de 16 - se os bens aqüestos se comunicariam ou não no regime da separação obrigatória de bens. As opiniões divergiram em duas nítidas posturas antagônicas; uns respondendo negativamente, outros, afirmativamente. A segunda posição foi se impondo e se tornou pacificada com o advento da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que dispôs taxativamente: "no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". A prevalecer esse entendimento; na nova ordem civil, ao cônjuge sobrevivente competirá metade dos bens adquiridos na constância do casamento. Logo, desnecessário seria atribuir-lhe, em concorrência com os descendentes, mais alguma quota da herança.

Finalmente, na terceira exceção invocada pelo novo texto legal, o legislador refere-se ao regime da comunhão parcial de bens criando duas hipóteses de incidência da regra de concorrência.

Primeira – regra geral - dispõe que o cônjuge sobrevive não concorre com os demais descendentes, porque já meeiro (repita-se) quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Como os aqüestos são divisíveis neste regime de bens (art. 1.660, I do novo Código Civil), o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes porque já garantido via meação.

Segunda - se o autor da herança houver deixado bens particulares, a *contrario sensu* da regra geral, conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes.

Assim, exemplificativamente: num acervo de R\$ 100.000,00 o cônjuge sobrevivente (de autor da herança que não houver deixado bens particulares) herdará tão somente o equivalente à sua meação, ou seja, R\$ 50.000,00, não existindo qualquer pretensão a eventual quota na legítima, com os descendentes remanescentes.

Num acervo de R\$ 200.000,00, o cônjuge sobrevivente (de autor da herança que deixa bens particulares) herdará a sua meação e, em igualdade de proporções (por direito próprio), com os demais descendentes. No caso de três descendentes, cada um herdará R\$ 25.000,00 (ou seja, R\$ 25.000,00 para um dos filhos) mais a quota que lhe compete na qualidade de cônjuge sobrevivente (R\$ 25.000,00). Isto é, $3 \times R\$ 25.000,00 = R\$ 75.000,00$ (dos descendentes) + R\$ 25.000,00 (do cônjuge sobrevivente). Total: R\$ 100.000,00.

Na segunda hipótese *a ratio* é diversa partindo o legislador do pressuposto que, na ocorrência de bens particulares, posteriores ao casamento, houve esforço comum do casal (direto ou indireto, como tem afirmado o STJ, em matéria de partilhamento) na aquisição do patrimônio.

Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens), o novo texto legal só abriu a possibilidade, efetivamente, de o cônjuge sobrevivente concorrer com o herdeiro necessário (com os descendentes) quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou, simplesmente, retomará a sua massa de bens particulares.

Graficamente:

Como era	Como ficou
Comunhão total	

Cada cônjuge tinha direito a 50% de todo o patrimônio.	Permanece a regra. Se cada cônjuge é meeiro não há razão alguma para ser herdeiro.	Art. 1.829, I
--	--	---------------

Comunhão parcial		
Cada cônjuge tinha direito à metade do que fora adquirido (aquestos) durante o casamento.	<p><u>1ª hipótese:</u> o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais descendentes - porque já meeiro - quando o autor da herança não houver deixado bens particulares;</p> <p><u>2ª hipótese:</u> se o autor da herança houver deixado bens particulares - <i>a contrario sensu da regra geral</i> - conclui-se que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes.</p>	Art. 1.829, I

Separação total		
O(a) viúvo(a) não tinha direito a nada.	Permanece a regra. Tratando-se de separação legal não há que se falar em concorrência.	Art. 1.829, I c/c artigo 1.641

Regime de participação final nos aquestos		
Não existia.	Aplica-se o mesmo princípio da comunhão parcial.	Art. 1.829, I c/c artigo 1.672

Apud: Eduardo de Oliveira Leite. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. 21. Do Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

No artigo 1.832⁶ o legislador prevê duas hipóteses de incidência da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes: na primeira parte do citado artigo resgata a idéia de que, no concurso entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes (filhos), a partilha se faz por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros. O legislador reafirma a idéia da divisão igualitária entre o cônjuge sobrevivente e os demais descendentes.

A segunda hipótese, inserida no artigo sob comento (e que consta na parte final do artigo 1.832), não permite que a quota do cônjuge seja inferior a uma *quarta parte da herança*. A dúvida se instaura, porque, inicialmente, o artigo se reporta "à divisão por cabeça", fazendo crer que se trata de divisão igualitária, entre cônjuge sobrevivente e descendente, e, ato

contínuo, estabelece "limites" (de uma quarta parte) àquele direito que, naturalmente, só encontra limitação na noção de divisão igualitária.

Isto quer dizer que, no caso de o *de cujus* ter quatro ou mais filhos, a regra da divisão *per capita* já não mais se aplica à espécie. Concorrendo, pois, cônjuge e descendentes, verifica-se um desvio à regra da sucessão por cabeça. Esta só vale se houver até três descendentes.

Nesse sentido já se posicionara Sílvio Venosa, com sua natural proficiência. Diz o civilista: "se concorre com um filho, a herança será dividida ao meio; se concorre com dois filhos comuns, o cônjuge receberá um terço da herança. Se concorrer com três ou mais filhos, ser-lhe-á assegurada sempre a quarta parte da herança, sendo o restante dividido pelos demais"⁷.

Se o falecido tiver, por exemplo, quatro filhos, já terá de reservar-se um quarto da herança para o cônjuge sobrevivente e o remanescente (3/4) é que será dividido pelos filhos em partes iguais. Assim, se "A" morre *ab intestato*, deixando cinco filhos e cônjuge, o cônjuge receberá 1/4, e os restantes 1/4 serão distribuídos em partes iguais pelos filhos. O mesmo princípio - da reserva de 1/4 para o cônjuge sobrevivente - domina o direito sucessório português e leva à crítica contundente de José de Oliveira Ascensão. Na ótica daquele civilista, o cônjuge sobrevivente deixa de ser usufrutuário e passa a ser herdeiro real.

A solução seria plenamente sustentável se, à data da morte de um dos cônjuges, o outro tivesse apenas direito à sua quota hereditária. Entretanto, se considerarmos que além dessa quota ele tem o direito de levantar a sua meação nos bens do casal, "esta posição de supremacia do cônjuge sobre os próprios filhos não pode deixar de considerar-se *injusta*, sobretudo atenta a facilidade com que hoje em dia o cônjuge sobrevivo parte para a realização de *novas núpcias*".⁸

No caso de o falecido não deixar cônjuge sobrevivente, mas apenas descendentes, a herança é repartida pelos filhos em partes iguais. Aplicação integral, e na sua exata dimensão, do princípio decorrente da partilha por cabeça e por direito próprio. Todos os filhos herdaram em igualdade de proporção.

(in COAD/ADV, Boletim Informativo semanal 18/2003, p. 239)

¹ A EXPRESSÃO É DO DEP. RICARDO FIUZA.

² REALE, MIGUEL. *O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL*, p. 18.

³ LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. *COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO CIVIL*. VOL. XXI. DIREITO DAS SUCESSÕES, 3. ED., p. 217.

⁴ ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. *DIREITO CIVIL*. SUCESSÕES, p. 352.

⁵ LEITE, EDUARDO DE OLIVEIRA. OBRA CITADA, p. 220.

⁶ "ART. 1.83 - EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES (ARTIGO. 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".

⁷ VENOSA, SILVIO DE SALVO. *DIREITO CIVIL*. DIREITO DAS SUCESSÕES, 3. ED., p. 109.

⁸ ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA. OBRA CITADA, p. 352.