



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ALBERTO DA SILVA RODRIGUES

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSISTE: NAS INTERPRETAÇÕES DO  
INCISO I DO ARTIGO 1829 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

SOUSA - PB  
2007

ALBERTO DA SILVA RODRIGUES

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSISTE: NAS INTERPRETAÇÕES DO  
INCISO I DO ARTIGO 1829 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Alexandre Oliveira da Silva.

SOUSA - PB  
2007

ALBERTO DA SILVA RODRIGUES

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSISTE: NAS INTERPRETAÇÕES DO INCISO I DO  
ARTIGO 1829 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Aprovada em : \_\_\_\_ de Junho de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Alexandre Oliveira da Silva  
Orientador

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

Sousa-PB  
Junho/2007

*Dedico este trabalho aos meus pais, meu irmão,  
minha esposa e principalmente a minha filha  
Maria Isabel, que são a família em que eu sempre  
me apoiei e que esteve ao meu lado, lutando  
contra as adversidades da vida e festejando as  
vitórias conquistadas.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela sua infinita sabedoria, fortaleza e misericórdia, que me encorajou nos dias de tempestade, mostrando-me que a aurora de uma nova manhã trará um sol radiante e trazendo-me a certeza de que podemos todas as coisas naquele que me fortalece.

Aos meus pais, Francisco Rodrigues dos Santos e Cândida Isabel da Silva Rodrigues que me amam, desde o momento em que souberam da minha existência até o dia de hoje, do mesmo modo, em todos os momentos de minha vida e assim não deixaram dúvidas que este amor é infinito e para sempre existirá. Dedico esta vitória a vocês que tanto desejam minha felicidade e sucesso.

A minha esposa Naianny Kalliny Nóbrega Gonçalves, que esteve ao longo desta caminhada comigo, e a minha filha Maria Isabel presente divino que veio iluminar nossas vidas, arco-íris que veio colorir nossos caminhos e que são a inspiração para solução dos obstáculos da vida, dando força para erguermos nos momentos de dor.

A toda minha família, pelo incentivo e apoio e por estarem sempre presentes em minha vida, especialmente ao meu irmão Amnon da Silva Rodrigues.

À minha turma, que comigo compartilharam momentos inesquecíveis, durante todos esses anos de curso, o meu muito obrigado, pelo carinho, amizade e respeito. E a você João Miguel e ao Francione Lopes, a todos!

Aos meus mestres que compartilharam seus ensinamentos e em especial ao meu orientador, o professor Alexandre Oliveira de Silva, pela colaboração e atenção dedicada a esta obra.

*"É muito melhor arriscar coisas grandiosas,  
alcançar triunfo e glória, mesmo expondo-se à  
derrota, do que formar fila com os pobres de  
espírito, que nem fazem muito e nem sofrem  
muito, porque vivem nessa penumbra cinzenta que  
não conhece vitória nem derrota"*  
(Theodore Roosevelt)

## RESUMO

O presente trabalho científico, destina-se a análise dos institutos da vocação hereditária, em especial, a inovação trazida pelo Código Civil de 2002, o qual contemplou o cônjuge sobrevivente, antes excluído, a categoria de herdeiro necessário; instituindo a concorrência do cônjuge supérsiste com os descendentes e os ascendentes do *de cuius*. A questão primordial que se pretende responder através deste estudo, refere-se ao entendimento sobre como ficará a sucessão do cônjuge falecido em relação ao cônjuge 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. A recente inclusão da concorrência do cônjuge no Direito Sucessório Brasileiro, confunde os institutos de família (meação) e sucessão (herança), o que vem provocando questionamentos na comunidade jurídica, o cônjuge sobrevivente herdará sobre os bens particulares e/ou comuns? Assim, de forma objetiva, observaremos os recentes posicionamentos doutrinários e críticas de estudiosos que sustentam a necessidade de se resolver juridicamente esse impasse, com o método exegético-jurídico, evitando interpretações errôneas e prejuízos para o cônjuge sobrevivente; partiremos de conceitos e institutos correlatos para a apresentação da interpretação que entendemos mais acertada do inciso I do artigo 1829 do novo Código Civil; que o cônjuge supérsiste herdará somente nos bens particulares.

Palavras-chave: Sucessão; Vocação hereditária; Concorrência; Interpretação.

## RESUMEN

El trabajo presente informa, el análisis de los institutos de la vocación hereditaria se destina, sobre todo, la innovación traída por el Código Civil de 2002 que contemplaron al esposo superviviente antes excluyó, la categoría de heredero necesario; instituyendo la competición del superviviente del esposo con los descendientes y los ascendientes del uno de cujus. El asunto primordial que ella piensa contestar a través de este estudio, el se refiere a la comprensión adelante cómo la sucesión del esposo se morirá el esposo superviviente respecto a, cuando la pareja celebró el matrimonio bajo el régimen de la comunión parcial de género, desde la composición de la interrupción yo, del arte. 1.829 de CC/02, está demasiado desconcertado, declaración que con el uno que, como él se demostrará, está de acuerdo la mayoría de la doctrina especializada. ¿Hace la reciente inclusión de la competición del esposo en el Direito Sucessório Brasileiro, confunda los institutos familiares (el meação) y sucesión (la herencia), lo que viene el cuestionamientos provocador en la comunidad jurídica, el esposo superviviente que heredará en el género privado y/o común? Así, de una manera objetiva, nosotros observaremos a los recientes posicionamientos del doctinaire y los críticos de especialistas que sostienen la necesidad de resolver ese callejón sin salida jurídicamente, con el método exegético-jurídico, evitando interpretaciones erróneas y daño y perjuicios para el esposo superviviente; nosotros saldremos de conceptos e instituiremos el correlatos Puso en correlación para la presentación de la interpretación que nosotros entendimos derecho de la interrupción yo del artículo 1829 del nuevo Código Civil; que los superviviente del esposo sólo heredarán en el género privado.

**Palabras Llave:** Sucesión; Vocación hereditaria; Competición; Interpretación.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
CAPÍTULO 1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA.....	12
CAPÍTULO 2 DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA .....	15
2.1. Da sucessão singular e universal .....	15
2.2 Da sucessão regular e irregular .....	16
2.2. Da sucessão legítima e testamentária .....	17
2.4. Dos herdeiros necessários e da meação do cônjuge supérstite.....	18
CAPÍTULO 3 DOS REGIMES DE BENS DO CÓDIGO CIVIL.....	21
3.1 Da comunhão parcial .....	21
3.2 Da comunhão universal de bens .....	22
3.3 Da separação obrigatória de bens .....	23
3.4 Da participação final nos aqüestos .....	24
CAPÍTULO 4 DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA .....	26
4.1 Da ordem de vocação hereditária.....	26
4.2 Da concorrência .....	29
4.3 Da reserva da quarta parte da herança .....	32
4.4 Da separação judicial e de fato .....	33
CAPÍTULO 5 DA INTERPRETAÇÃO DO INCISO I DO ARTIGO 1829 DO CC/02 ....	35
5.1 Primeira corrente .....	37
5.2 Segunda corrente .....	39
5.3 Terceira corrente.....	41
5.4 Do regime de separação convencional e aqüesto .....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	46
REFERÊNCIAS.....	48

## INTRODUÇÃO

O casamento é considerado como relação mais íntima que o homem e a mulher, formalmente, constituem entre si. No momento de sua celebração, assumem os cônjuges a obrigação de manter a família e de se prestar mútua assistência. A preocupação que tem o casal em angariar recursos que tragam uma estabilidade econômica, que visar garantir a própria sobrevivência no presente e no futuro da família.

Um personagem ganhou papel de destaque nas relações jurídicas da sucessão legítima, sendo considerado por diversos doutrinadores a figura mais realçada, trata-se do cônjuge sobrevivente, que o novo Código Civil privilegia e enaltece.

Na nova ordem de vocação hereditária, o Código Civil vigente inovou no que tange à matéria sucessória, dispondo no inciso I do artigo 1.829, possibilidades de concorrência do cônjuge supérsiste com os descendentes do *de cuius*. Contudo mencionado dispositivo vem gerando diversas interpretações, em decorrência de um sinal de pontuação, o qual, de acordo com cada entendimento, faz com que o artigo tenha um ou outro significado.

Não podemos adentrar especificamente ao 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, para que ao final, possamos definir a verdadeira intenção da Lei.

A problemática concentra-se na real interpretação da segunda parte do inciso do referido artigo, nossa proposta tem por objetivo a apresentar o entendimento, a partir de alguns doutrinadores, posições controversas, buscando entender não somente a vontade do legislador, como também, sua aplicação prática nas relações jurídicas com utilização dos métodos exegetico-jurídico.

Pretende-se com a elaboração do presente trabalho, levar ao debate dos operadores do Direito as diferentes correntes de pensamento do artigo supra citado, tendo em vista que eles, na prática, já vêm sentindo certo receio na sua aplicação ao caso concreto por ainda não haver sido firmado um entendimento uniforme.

## CAPÍTULO 1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

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

Em algumas legislações, como por exemplo, a francesa, o cônjuge sobrevivente só herdava na falta de parentes consanguíneos do finado, sendo que na linha colateral tal parentesco alcançava o sexto grau.

Na Codificação Civil Brasileira de 1916, apontada como patrimonialista, o cônjuge sobrevivente não era considerado herdeiro necessário. Podia ser privado da herança por meio de disposição testamentária. Na qualidade de herdeiro legítimo, pertencia à terceira classe a ser chamada à sucessão, preferindo aos colaterais.

O Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, teve o claro propósito de evitar que o cônjuge sobrevivente ficasse numa situação de miserabilidade ou tivesse o seu padrão de vida rebaixado em razão da viuvez, introduziu alterações substanciais no Código Civil de 1916; incluiu o cônjuge como herdeiro único, na falta de descendentes e ascendentes, concedendo também, direito de usufruto de um quarto da herança se não era casado no regime de comunhão universal de bens, concorrendo com filhos do falecido, e da metade se os herdeiros não fossem filhos; possuía ainda direito real de habitação, se casado no regime de comunhão universal de bens, no imóvel destinado à residência do casal, enquanto o cônjuge sobrevivente viver e permanecer no estado de viuvez.

No mesmo sentido de garantir a sobrevivência dos familiares, o art. 23<sup>1</sup> da lei do divórcio - Lei nº 6.515, de 26.12.1977, provocou uma quebra no princípio da intransmissibilidade da obrigação de alimentar ao impor que ela se transmite aos herdeiros do devedor, fazendo surgir algumas correntes interpretativas a respeito desta nova disposição.

Atualmente, não verificamos os privilégios da varonia e da primogenitura, pertencendo eles ao passado, uma vez que há uma norma constitucional que dispõe que todos são iguais perante a lei (artigo 5º da CF/ 88<sup>2</sup> *caput*). Desta forma, homens e mulheres têm direitos iguais, não havendo também mais distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Falamos, pois, em igualdade e uniformização da transmissão hereditária; conseqüentemente, o direito sucessório é único, valendo para todos.

Em estudo especializado, Fernanda de Souza Rabello (2002), comenta sobre a evolução do direito sucessório:

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

O Novo Código Civil veio estabelecer, no âmbito do Direito de Família e no do Direito das Sucessões, várias normas de caráter eminentemente protetivo, deixando claro que a família moderna, retomando uma das características da família antiga, voltou a ter função de mantenedora, mesmo quando desfeitos os laços conjugais; Isso porque, no caso de separação

<sup>1</sup> Lei 6.515/77 - Art. 23. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1.796 do Código Civil.

<sup>2</sup> CF/88 - 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:

de bens, o viúvo ou a viúva poderiam não ter patrimônio próprio, para lhes garantir a sobrevivência.

O Código Civil vigente incluiu o cônjuge entre os herdeiros necessários (art. 1.845)<sup>3</sup>, portanto o autor da herança não pode dispor em testamento de mais da metade dos bens se for casado (art. 1.846)<sup>4</sup> e será herdeiro único, qualquer que seja o regime de bens, desde que não esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos, salvo se não teve culpa (art. 1830)<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> CC/02 - Art. 1845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>4</sup> CC/02 - Art. 1846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

<sup>5</sup> CC/02 - Art. 1830. 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.

## CAPÍTULO 2 DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

A sucessão no direito pátrio, é uma das formas de aquisição da propriedade, em que créditos e obrigações são atribuídos aos sucessores *causa mortis*.

A morte determina a abertura da sucessão, assim, faz-se necessária a fixação do dia e da hora do falecimento, passando a propriedade e a posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, nas mesmas condições em que as tinha o finado, o que acontece de forma instantânea.

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

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

### 2.1 Da sucessão singular e universal

A sucessão hereditária apresenta-se de duas formas, a título universal caracterizada pela transmissão do patrimônio do *de cuius*, ou de quota parte deste, e a título singular pela transferência de bens determinados.

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

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

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2002, p. 16), conceitua quanto à sucessão a título universal e a título singular, respectivamente:

Quando houver transferência da totalidade ou de parte indeterminada da herança, tanto no seu ativo como no passivo, para o herdeiro do *de cujus*, que se subroga, abstratamente, na posição do falecido, como titular da totalidade ou de parte ideal daquele patrimônio no que concerne ao ativo, assumindo a responsabilidade relativamente ao passivo. Quando o testador transfere ao beneficiário apenas objetos certos e determinados, p. ex.: uma jóia, um cavalo, uma determinada casa na rua " X" etc. Nessa espécie é o legatário que sucede ao *de cujus* sub-rogando-se concretamente na titularidade jurídica de determinada relação de direito, sem representar o morto, pois não responde pelas dívidas da herança.

## 2.2 Da sucessão regular e irregular

Em relação aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, podemos conceituar de duas formas.

A primeira, que podemos caracterizar como ordinária ou regular, posto que suas regras se aplicam igualmente a todos os herdeiros legítimos, é aquela que o coloca como herdeiro pertencente à terceira classe chamada à sucessão. Neste caso não tem nenhuma importância o regime de bens do casamento. O cônjuge sobrevivente herdará se demonstrar a sua vocação hereditária e tiver capacidade sucessória, o que, aliás, também se exige dos herdeiros legítimos das outras classes sucessíveis. Nada há de extraordinário. Aqui, ele é

herdeiro necessário, o que importa dizer que, caso haja disposição de última vontade, não pode ser privado da legítima. Em não havendo testamento, herda o cônjuge a totalidade da herança, na falta de descendentes e ascendentes. Se há disposição de última vontade, esta não poderá ultrapassar a metade disponível, eis que o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, a quem cabe a legítima.

A segunda, que pode ser caracterizada como extraordinária ou irregular, tomando a expressão por analogia do direito francês (Code Civil, art. 767, Paris: Librairie Dalloz, 1928), chama o cônjuge a participar da sucessão em concorrência com os descendentes e ascendentes.

Nesse sentido, o direito sucessório do cônjuge previsto pelo inciso I do art. 1.829 do Código Civil, é diferente do direito sucessório dos descendentes com que vem a concorrer. Os descendentes são herdeiros necessários, regulares, que pertencem à primeira classe chamada à sucessão. O cônjuge, como sucessor irregular, só será chamado a concorrer com os descendentes se preencher os requisitos legais, condicionados ao regime de bens e a existência de bens.

Desta forma, os descendentes herdarão quinhões iguais, o cônjuge terá quinhão variável, dependendo o seu valor do número de descendentes do *de cuius* e do fato de ser ou não ascendente daqueles com quem disputa a herança, nos termos do art. 1832<sup>6</sup> do *Codex Civil*.

### 2.3 Da sucessão legítima e testamentária

A sucessão é caracterizada por ser legítima, em virtude da força da lei, ou testamentária, pela vontade do autor da herança.

---

<sup>6</sup> CC/02 - Art. 1832. 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.

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

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

#### 2.4 Dos herdeiros necessários e da meação do cônjuge supérstite

As pessoas que o legislador selecionou para que ocupassem a categoria de herdeiros necessários, estão elencados no artigo 1845 do novo Código Civil, que preceitua o seguinte: "*São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge*".

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

Em estudo metucioso o doutrinador, Silvio de Salvo Venosa (2005, p.138), aponta algumas diferenças entre o código atual e o velho, com relação à vocação do cônjuge, *in verbis*:

O cônjuge vem, no Código Civil de 1916, colocado em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes. Não é herdeiro necessário, podendo, pois, ser afastado da sucessão pela via testamentária. Nesse código, o cônjuge herda na ausência de descendentes ou ascendentes. A dissolução da sociedade conjugal exclui o cônjuge da vocação sucessória [...]. A doutrina sempre defendeu a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, posição que veio a ser conquistada com o Código Civil de 2002. Isso porque, no caso de separação de bens, o viúvo ou a viúva poderiam não ter patrimônio próprio, para lhes garantir a sobrevivência.

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

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

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

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

Nesse sentido, são os ensinamentos da insigne doutrinadora, Sylvia Maria Mendonça do Amaral (2003):

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

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

A diferença dos institutos meação e herança, é definida pelo professor Zeno

Veloso (2003, p.286), em sua obra:

Não se deve confundir meação com direito hereditário. A meação decorre de uma relação patrimonial - condomínio, comunhão - existente em vida dos interessados, e é estabelecida por lei ou pela vontade das partes. A sucessão hereditária tem origem na morte e a herança é transmitida aos sucessores conforme as previsões legais (sucessão legítima) ou a vontade do hereditando (sucessão testamentária).

O substantivo meação, abordado sobretudo no Direito de Família, consiste no direito que os cônjuges têm sobre a metade dos bens que integram o patrimônio do casal, e que fora adquirido por ambos durante a coexistência, caracterizando o esforço comum; patrimônio este, que por ocasião da dissolução da sociedade conjugal (divórcio, separação judicial, morte ou anulação) deverá ser meado, ou seja, partido ao meio.

## CAPÍTULO 3 DOS REGIMES DE BENS DO CÓDIGO CIVIL

Para que possamos ter um melhor entendimento da matéria, faremos uma breve explanação acerca dos regimes de bens, haja vista que estão vinculados diretamente com a interpretação do inciso I do artigo 1829, do Código Civil.

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

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

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

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

### 3.1 Da comunhão parcial

Trata-se do regime oficial de bens no casamento, pelo qual se comunicam apenas e tão somente os bens adquiridos na constância do casamento, e revelando, por isso

mesmo, um acervo de bens que pertencerão exclusivamente ao marido ou exclusivamente à mulher; ou que pertencerão a ambos.

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

O ilustre professor, Silvio Sávio Venosa (2005, p.181), preconiza seu entendimento sobre o regime da comunhão parcial de bens, reza que:

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

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

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

### 3.2 Da comunhão universal de bens

O Código Civil de 1916 estatuiu que o regime legal era de comunhão universal de bens, entretanto após o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio) que modificou o ordenamento, alterou o regime oficial para o de comunhão parcial de bens.

O regime de comunhão universal de bens consiste na união de todos os patrimônios do casal, sejam particulares ou adquiridos na constância da vida conjugal, tornando-se um todo, cabendo o cônjuge *supersiste*, somente a meação destes bens.

De acordo com o artigo 1.667 do novo Código Civil: *O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.*

Com a dissolução da sociedade conjugal, cabe ao casal efetuar a divisão do ativo e do passivo, visando com isso a cessação de responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro (Artigo 1671 do Código Civil)<sup>7</sup>.

Contudo, o artigo 1668 do código civil, prevê categoricamente, as hipóteses em que determinados bens, são excluídos da comunhão:

CC/02 - Art. 1668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

### 3.3 Da separação obrigatória de bens

Visando resguardar o patrimônio da família do *de cujus*, contra terceiros interessados somente nos bens deixados, o Estatuto Civil, impõe em algumas situações, o regime da separação obrigatória de bens; como é o caso das pessoas com mais de 60 anos de idade, aqueles que necessitem para contrair núpcias de suprimento judicial, e por fim as pessoas que contraírem núpcias com a inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (Art. 1523 do Código Civil)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> CC/02 - Art. 1671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

<sup>8</sup> CC/02 - Art. 1523. 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 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

O regime da separação obrigatória de bens está disposto no artigo 1641 do Código Civil:

CC/02 – Art.1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;  
II - da pessoa maior de sessenta anos;  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

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

#### 3.4 Da participação final nos aqüestos

Nesta modalidade, cada cônjuge possui patrimônio próprio, cabendo-lhe, à época da dissolução da sociedade conjugal, o direito a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, durante a constância do casamento. Trata-se de um regime misto, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após a sua dissolução, as da comunhão parcial.

Integram o patrimônio próprio os bens que o cônjuge possuía ao casar e os que foram por ele adquiridos durante a constância do casamento.

O novo regime de bens está disposto no artigo 1672 do Código Civil, nos seguintes termos:

CC/02 – Art. 1672. No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à

---

ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Em sua obra, *Direito Civil*, Venosa (2005, p.191) explicita quanto ao novo regime de bens:

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

Em estudo especializado, o doutrinador Nelson Nery Junior (2003, p.743) fala das características do regime em comento:

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

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

## CAPÍTULO 4 DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A expressão vocação, do latim, significa convocação, pois vem *de vocatio*, sendo a convocação legal de alguém para que venha receber a herança ou a parte que lhe cabe, obedecendo à ordem estipulada pelo Código Civil.

Na sucessão legítima, são convocados os herdeiros segundo a ordem de vocação hereditária estatuída no inciso I do artigo 1829 do Código Civil. Maria Helena Diniz (2002, p.93-95) ensina:

“Todavia, toda regra comporta exceção, pois há casos de sucessão anômala ou irregular, admitidos por lei, de variação da ordem de vocação hereditária, ou seja, em que não se aplica o princípio de que a existência de herdeiro de uma classe exclui da sucessão os herdeiros da classe subsequente [...]. Assim, a ordem de vocação hereditária, estabelecida no artigo 1829 do Código Civil, pode ser alterada tratando-se de bens existentes no Brasil, pertencentes a estrangeiro falecido, casado com brasileira e com filhos brasileiros, se a lei nacional do de cujus for mais favorável àquelas pessoas do que o seria a brasileira. [...] A lei nº 6.858/80, regulamentada pelo Decreto nº 85.845/81, bem como o art. 20 da Lei n. 8.036/90, regulamentada pelo Decreto nº 99.684/90, que mandam pagar, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento. [...] Os sucessores do de cujus não poderão levantar esses valores em detrimento das pessoas inscritas na Previdência Social. [...] As quotas somente poderão ser levantadas pelos sucessores, mediante alvará judicial, se ficar comprovada a inexistência de dependentes habilitados.

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

### 4.1 Da ordem de vocação hereditária

As disposições do Código Civil de 2002 relativas à ordem de vocação hereditária não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto do Código Civil de 1916.

O artigo 1829 do Código Civil dispõe acerca da ordem de vocação hereditária, nos seguintes termos:

CC/02 Art. 1829 . 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); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

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

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

Cônjuge supérstite é o cônjuge que sobreviveu ao morto e que dele não se encontrava separado, nas hipóteses e condições enumeradas no artigo 1830 do Código Civil<sup>9</sup>; porém, nem todo cônjuge que sobrevive ao morto é seu herdeiro.

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

A ilustre Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003), expõe seu comentário sobre a matéria:

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

<sup>9</sup> CC/02 - Art. 1830. 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.

Outro aspecto importante merece destaque segundo a Doutrinadora Maria Helena Diniz (2002, p. 94):

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

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

Quando o montante total é dividido pelo número de linhagens do *de cuius*, falamos em sucessão por estirpe, podendo-se citar o caso de um indivíduo que falece deixando três filhos, sendo um pré-morto, e quatro netos, estes descendentes do filho pré-morto. Nesta hipótese, a herança será dividida em três partes iguais, dividindo-se uma delas entre os quatro netos.

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

Na falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, tendo em vista o disposto no artigo 1.837 do novo Código Civil: *"concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau"*.

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

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

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

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

#### 4.2 Da concorrência

Em primeiro lugar é necessário esclarecer o exato sentido da palavra concorrência. Segundo DE PLÁCIDO e SILVA (1999, p. 383):

[...] o vocábulo que se deriva do Latim *concurrentia*, de *concurrere* (disputar, pretender, combater, contribuir), é aplicado na terminologia jurídica em todos os sentidos originários. Concorrência: na linguagem forense, sempre dentro de suas acepções originárias, que, em todos os casos, delas não se afasta, quer concorrência significar a evidência de direitos iguais sobre a mesma relação jurídica, opostos por pessoas diferentes. Parece ter, assim, o sentido próprio de igualdade ou de simultaneidade, visto que, tal como esta expressão, mostra a existência concomitante de várias pretensões sobre o mesmo objeto.

Nesse passo começam os problemas. O direito sucessório do cônjuge previsto no inciso I do art. 1.829 do CC/02, não é igual ao direito sucessório dos descendentes com que vem a concorrer. Os descendentes são herdeiros necessários, regulares, que pertencem à primeira classe chamada à sucessão. O direito sucessório dos descendentes é incondicional. O cônjuge, como sucessor irregular, só será chamado a concorrer com os descendentes se preencher os certos requisitos legais. Os descendentes herdarão quinhões iguais; o cônjuge terá quinhão variável, dependendo o seu valor do número de descendentes do de cujus e do

fato de ser ou não ascendente daqueles com quem disputa a herança, nos termos do art. 1.832 do CC/02<sup>10</sup>.

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

A exceção a essa regra são as pessoas casadas sob o regime de comunhão universal ou separação obrigatória de bens. Importante ressaltar que a concorrência não foi estendida aos companheiros (união estável).

Diante da vasta experiência jurídica o doutrinador, Miguel Reale (2003) nos explica a evolução do direito a concorrência do cônjuge sobrevivente:

[...] durante dezenas de anos vigeu no Brasil, como regime legal de bens, o regime de comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre na herança, por já ser "meeiro". Com o advento da Lei 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança.

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

Aduz o artigo 1832 do Novo Código Civil que *"em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual aos dos que sucederem por cabeça [...]"*. Nesse contexto, Flávio Augusto Monteiro de Barros (2005) entende que o cônjuge sobrevivente concorrerá na herança com os descendentes por cabeça; nesse sentido, deduz que o cônjuge concorre na totalidade da herança.

---

<sup>10</sup> CC/02 - Art. 1832. 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.

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

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

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

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

Entendemos que a concorrência deve existir apenas em relação aos bens particulares do falecido, visto que tal regime se assemelha, quanto à dissolução do casamento, ao regime de comunhão parcial de bens, senão vejamos: analisando o regime da comunhão parcial de bens, tendo o *de cuius* deixado bens particulares, caberá ao cônjuge sua meação, concorrendo quanto aos bens particulares, visto que a intenção do legislador é a de amparar o cônjuge sobrevivente; não sendo, pois, coerente concorrer na totalidade da herança.

A fim de ilustrar melhor tal temática, propomos um exemplo: imaginemos que o cônjuge supérstite, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, existindo bens particulares do *de cuius*, contraia novo matrimônio sob o regime da comunhão universal de bens; caso a concorrência englobe a totalidade da herança, temos como consequência o prejuízo patrimonial dos descendentes do cônjuge sobrevivente, advindos do primeiro

casamento, pois os bens particulares deste constituirão a mesma massa patrimonial do novo casal, existindo, assim, a meação.

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

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

#### 4.3 Da reserva da quarta parte da herança

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

O artigo 1832 do Código Civil não deixa qualquer dúvida quanto à concorrência do ascendente com seus descendentes, porém, nada explicita quanto à concorrência com seus descendentes, juntamente com os do *de cujus*, assim como também nada dispõe acerca da concorrência com filhos somente do falecido.

No magistério de Silvio de Salvo Venosa (2005), o cônjuge sobrevivente concorrendo com descendentes do morto dos quais não seja ascendente, não gozará da reserva da quarta parte da herança, sendo esta dividida em partes iguais com os que recebem por cabeça.

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

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

#### 4.4 Da separação judicial e de fato

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, é o que dispõe o artigo 1830 do novo Código.

Em seu magistério, Silvio Rodrigues, (2004, p.77) preleciona o seguinte:

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

Primeiramente, devemos considerar a possibilidade de uma pessoa separada judicialmente, ou separada de fato há mais de dois anos, vir a constituir uma união estável. Configurada tal união e tendo os companheiros adquirido bens na constância da união estável,

resta-nos a dúvida de como proceder para que não haja uma confusão patrimonial. Nesse diapasão, entendemos que a questão temporal (dois anos), disciplinada pelo legislador, deve ser repensada para que conseqüências desastrosas possam ser evitadas.

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

## CAPÍTULO 5 DAS INTERPRETAÇÕES DO INCISO I DO ARTIGO 1829 DO CC/02

Diante do decréscimo dos casamentos, juntamente com a fragilidade das relações, a Lei Civil buscou incentivar o casamento, estabelecendo normas mais benevolentes ao cônjuge na sucessão; agora passando a ser herdeiro concorrente (Art. 1845 do CC/02), em propriedade, com os descendentes e com os ascendentes.

O inciso I do artigo 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, o que demonstra ser uma incoerência, já que meação e herança são institutos diversos, aquela pertencente ao Direito de Família e esta ao de Sucessões.

Assim reza o inciso I do artigo 1.829 do novo Código Civil:

**CC/02 - Art. 1829.** 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); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

A redação da primeira parte do inciso não gera dúvidas, quando a participação é com descendentes, o cônjuge sobrevivente não herda se foi casado com o falecido: no regime da comunhão universal ou no regime de separação obrigatória. Contudo, a redação da segunda parte, que prevê a concorrência no regime de comunhão parcial de bens, e a que vêm gerando diversas interpretações.

O problema encontra-se em saber em qual caso se dará a concorrência, Gustavo Rene Nicolau (2003), trás a dúvida quando pergunta:

[...] concorrerá sobre qual patrimônio? Sobre todos os bens que os filhos receberão ou apenas sobre os particulares? A dúvida procede em face da imperdoável omissão legislativa. Se havia um artigo dentre os 2046 que o Código não poderia silenciar, estamos diante dele.

A chave de toda a problemática encontra-se configurada em um simples sinal de pontuação, o ponto e vírgula, que no contexto tem o significado que e (vírgula mais e), sendo utilizado nos períodos longos, quando existir no corpo do texto várias vírgulas. A esse respeito, esclarece Roberto Melo Mesquita (1998, p.465):

O ponto-e-vírgula é um sinal gráfico destinado a marcar uma pausa mais sensível que a vírgula; é um sinal intermediário entre o ponto e a vírgula, empregando-se para separar as partes de um período de certa extensão, principalmente se elas já possuem elementos sintáticos separados por vírgula.

O sinal de pontuação, que deveria esclarecer, tem tido efeito diverso, complicando a interpretação que cabe aos operadores do direito. O artigo introduz situações de fato que poderão trazer muitas discussões no caso concreto e poderão paralisar o inventário por muito tempo, até que sejam decididas.

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

Sem dúvidas os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser lembrados pelos operadores do direito, no momento da interpretação da norma. Vejamos a definição dos princípios pelo Doutrinador Kiyoshi Harada (2005):

Princípio da razoabilidade significa que as leis e os respectivos suportes fáticos devem ser valorados de maneira razoável, de sorte a preservar sempre a finalidade perseguida pela ordem jurídica, afastando a aplicação de normas contrárias ao bom senso, ou daqueles que não guardam proporção entre a motivação e o fim perseguido. Em outras palavras, não é razoável o ato normativo que não represente um meio adequado para atingir o fim colimado, beirando às raias do desvio de finalidade ou do abuso legislativo. Princípio da proporcionalidade, por sua vez, significa que o Estado não deve agir com demasia, nem de modo insuficiente na realização de seus objetivos. Na precisa lição de Odete Medauar, “consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.” (grifos nossos)

Sobre interpretação da norma legal, o Professor Pinto Ferreira (2002, p.7), em sua obra lembra regras de interpretação de Washington de Barros Monteiro, entre elas: "*Na interpretação da lei deve sempre preferir-se a inteligência que faz sentido à que não faz;*" "*Deve ser afastada a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo;*" "*Onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir;*"

Vejamos as lições do Mestre Raphael Madeira Abad (2004) aos princípios e valores da norma jurídica:

[...] as normas jurídicas são tão mutantes quanto a realidade social na qual estão inseridas, e com esta são cotidianamente alteradas. Diariamente as normas variam não através dos tipos com que são impressas, mas pelos princípios e valores que as dão vida e sentido para sua existência. O direito, portanto, é um instituto vivo e que vibra na mesma frequência da sociedade da qual participa, e as normas podem ser modificáveis sem qualquer alteração em sua redação, mas apenas na alteração valores que as ordenam e dão sentido.

Especificamente quanto à interpretação da segunda parte do artigo 1829, inciso I do Código Civil, apresentaremos, a seguir, algumas correntes; adotaremos como base o regime de comunhão parcial de bens.

### 5.1 Primeira corrente

O primeiro entendimento acerca da herança do cônjuge sobrevivente, condiciona a concorrência do cônjuge sobrevivente na hipótese da inexistência de bens exclusivos (particulares) deixados pelo *de cuius*, mas tão somente, nos bens adquiridos durante a vida conjugal. Sendo assim, o cônjuge sobrevivente receberá além de sua meação um quota parte a título de herança da meação do falecido.

Um dos grandes mentores desta corrente é o Mestre Sejismundo Contija (2004), que expõe sua lição sobre o assunto, categoricamente afirmando que a concorrência do cônjuge *supersiste* está condicionada a inexistência de bens particulares:

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

Um dos fundamentos dos que comunga desde entendimento, concentra-se no regime de bens escolhido no momento do casamento (comunhão parcial bens); pois, uma vez admitindo a concorrência do cônjuge sobrevivente, nos bens particulares estaria ao mesmo tempo, retirando a opção feita pelo casal em preservar os bens particulares.

Em estudo especializado sobre o assunto, a Ilustre Desembargadora do TJRS<sup>11</sup>, Maria Berenice Dias (2003), preleciona seu entendimento, a cerca da interpretação sistemática do dispositivo e tece comentários sobre a essência do regime de bens escolhido no momento da união:

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

A mesma autora continua em seu raciocínio:

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

No mesmo sentido, são as palavras do insigne professor Luciano Vianna Araújo (2002), que admite a concorrência do cônjuge sobrevivente, diante a ausência de bens

<sup>11</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

particulares: “*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).*”

Outra justificativa desta corrente, e que se no divórcio ou separação, os bens particulares de um cônjuge não serão divididos com o outro, na morte, da mesma forma, não podem lhe ser transferidos.

## 5.2 Segunda corrente

O segundo entendimento a cerca da interpretação do discutido inciso I do artigo 1.829 do código civil, confere ao cônjuge *supérstite*, além da meação, que o antigo código, já havia assegurado, o direito de concorrer com os descendentes ou ascendentes, no restante do acervo patrimonial; deste modo, o cônjuge sobrevivente, terá direito de ser herdeiro da meação que pertencia ao *de cujus*, mais os bens particulares, pois os mesmos integram a herança do falecido.

Nesta linha de pensamento, sustentando que a participação se dará sobre todo o acervo hereditário, são os ensinamentos da maestria Maria Helena Diniz (2002, p.123):

Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime de separação convencional de bens ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do ‘de cujus’.

Neste raciocínio, soma-se todo patrimônio do falecido (particular e meação) dividindo-se entre descendentes e cônjuge. Para chegar a tal conclusão Maria Helena Diniz (2002, p.124), fundamenta que: “a lei não diz que a herança decai somente sobre os bens particulares do *de cujus*”, além do que o princípio da operacionalidade conduz a essa interpretação, já que, segunda a doutrinadora torna “mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro.”

Divergindo da interpretação, Fabrício Castagna Lunardi (2006, p.59), rebate os argumentos da doutrinadora Maria Helena Diniz, vejamos:

[...] ora se a lei não diz que a herança do consorte não recai somente nos bens particulares, igualmente não refere, nem implícita nem expressamente, que recai sobre a totalidade da herança. Portanto, por uma interpretação literal ou gramatical não se chega a qualquer conclusão a esse respeito.

Dentro desta corrente, surge outro entendimento, que acreditam que no regime da comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente concorrerá sobre todo o acervo patrimonial deixado pelo falecido, mas condicionam a existência de bens particulares, encontram-se entre os doutrinadores que comungam de posicionamento, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Francisco José Cahali (2003, p.204), com propriedade, relatam seu entendimento sobre a matéria

Veja-se que 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.

O argumento central dessa corrente é o princípio da indivisibilidade da herança; sendo assim, havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente fará jus à meação e também a uma parcela sobre todo o acervo hereditário. Concorrendo em igualdade de condições com os descendentes do *de cuius*.

O desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Luiz Felipe Brasil Santos (2003), expõe seu questionamento quanto à corrente interpretativa:

Imagine-se, primeiramente, a situação de um casal, com um filho, cujo único patrimônio seja constituído pelo apartamento onde reside (no valor de R\$ 99.000,00) adquirido na constância do casamento [...]. Admitamos, agora, que, além desse apartamento, o autor da herança fosse proprietário de uma bicicleta (no valor de R\$ 1.000,00), que, por ter sido adquirida em sub-rogação de um bem pré-existente ao casamento, constitui bem particular (art. 1.659, II). Nessa hipótese, existindo bem particular, o cônjuge concorrerá com o descendente, em igualdade de condições, recebendo, portanto, – além de sua meação sobre o apartamento (R\$ 49.500,00) – a título de herança, a metade de todos os bens deixados pelo "de cuius", ou seja, mais R\$ 25.500,00. O total dos bens que caberão ao cônjuge sobrevivente (meação + quinhão hereditário) corresponderá, neste segundo caso, a

R\$ 75.000,00, ficando o filho com R\$ 25.000,00. Não é demais frisar que a circunstância de existir um singelo bem particular – mesmo de ínfimo valor – definirá a condição de herdeiro concorrente do cônjuge não apenas sobre esse bem particular, mas sobre o total da herança. Outra não é a conclusão que se extrai do texto expresso em exame, que se reforça ainda mais com o que dispõe o artigo 1.832, que assegura ao cônjuge, quando concorrer com descendentes comuns, à quarta parte da herança [...] Como se vê, o novo regramento do direito sucessório dos cônjuges, embora se reconheça a justiça do espírito protetivo que o inspira, ostenta grande complexidade, que certamente gerará um acirramento das disputas travadas no âmbito dos inventários, com a conseqüente ampliação dos prazos para encerramento desses feitos, já hoje tão dilatados.

A justificativa dos doutrinadores que defendem essa 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.

Assegurar a concorrência sobre a totalidade da herança de acordo com a existência ou não de bens particulares pode dar ensejo a fraudes, como na hipótese em que o cônjuge moribundo recebe doação de um determinado bem, feita por suposto amigo, na verdade amante de sua esposa, com o único objetivo de assegurar a concorrência daquela sobre os bens integrantes da meação do marido. Admitir tal possibilidade implicaria em violação ao princípio da eticidade.

Por outro lado, a existência de qualquer bem particular que condiciona o direito de concorrência sobre o acervo total, retira do dispositivo qualquer sentido prático, ofendendo o princípio da operabilidade. Tendo em vista, que qualquer pessoa possui objetos particulares, ainda que sejam aqueles de uso pessoal, podemos concluir que, um simples lápis, patrimônio particular do *de cuius*, poderia condicionar a concorrência sobre todo acervo, assim sendo, o dispositivo constituiria letra morta, pois os casados sob o regime da comunhão parcial concorreriam com os descendentes em qualquer situação.

### 5.3 Terceira corrente

A corrente predominante quanto à interpretação deste intrigado inciso I do artigo 1829 do CC/02, sustenta que, nessa hipótese, o direito de concorrência do cônjuge incide exclusivamente sobre os bens particulares do finado. Quanto ao patrimônio adquirido durante a vida em comum, como o cônjuge tem direito à meação, não concorreria com os herdeiros na meação do finado.

O fundamento desta corrente, sustenta que o legislador quis evitar que o cônjuge sobrevivente que fora casado pelo regime da comunhão parcial de bens, ficasse desamparado, no caso inexistência de bens comuns a partilhar, por ter o finado deixado somente bens particulares. Vislumbra-se o caráter assistencial da disposição legal.

Provavelmente seria a vontade do *de cuius* premiar o sobrevivente que permaneceu casado até a morte do seu cônjuge. Neste rumo, ventilam as lições de Luiz Felipe Brasil Santos (2003), comentando o artigo da desembargadora Berenice Dias, que conclui:

De acordo com o que esclarece o prof. Miguel Reale a razão determinante da concorrência do cônjuge com os descendentes, no regime da comunhão parcial, é justamente prevenir o desamparo em que ficaria o cônjuge sobrevivente na eventualidade de o autor da herança haver deixado apenas bens particulares, circunstância em que, não fosse a regra da concorrência, o sobrevivente, que não teria direito à meação, não seria também herdeiro, ficando desta forma inteiramente desprotegido (salvo, é claro, a hipótese de ser contemplado em testamento). Por esse motivo é que lhe foi assegurado direito a concorrer com os descendentes, como herdeiro dos bens particulares. Assim, é certo, com a devida vênia, que a concorrência somente se justifica quando há bens particulares, e não ao contrário, como sustenta a brilhante articulista! E isso também pela singela razão de que, quanto aos bens comuns, o cônjuge já tem direito à meação, não havendo motivo para uma dupla contemplação (meação mais direito à herança).

Majoritário o entendimento do qual o cônjuge supésiste, somente será herdeiro dos bens particulares na sua existência, neste sentido são as lições de Rolf Madaleno (2004), em seu estudo meticoloso :

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.

A proteção deste dispositivo, foi exatamente privilegiar aqueles desprovidos de meação, a concorrência sobre todo o acervo iria de encontro à própria *mens legis*. Por outro lado, ao privilegiar quem já era detentor de meação, em detrimento das gerações futuras do autor da herança, representadas pelos seus descendentes, deixa-se de atender ao princípio da socialidade.

Destarte, se o finado apenas deixou bens particulares como herança, o cônjuge sobrevivente, que a eles não teria direito se dissolvida a sociedade conjugal pela separação ou divórcio, concorre uma quota parte com os descendentes ou ascendentes, sendo seu direito hereditário um prêmio por ter permanecido casado e uma garantia para sua sobrevivência. Posiciona neste sentido a ilustre, Fernanda de Souza Rabello (2002), que preceitua:

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

Cumprе mencionar, os ensinamentos de Gisele Pereira Jorge Leite (2004), que afirma ao tratar do assunto:

Se o de cujus não possuía bens particulares, o consorte supérstite não será herdeiro, porém terá garantida a sua meação. Cumprе 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.

A valorização do cônjuge sobrevivente, em nosso Código Civil, demonstra o caráter protetivo, a qual o instituto contempla aquele que permaneceu até a morte do *de cujus*, em detrimento a antigas legislações; o pensamento de Miguel Reale, apontado por Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.33), relata a verdadeira essência do inciso em comento:

“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.

Durante a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em respaldo à presente posição, registre-se o seguinte enunciado aprovado:

Enunciado Aprovado na III Jornada de Direito Civil do - CEJ da CJF - Enunciado nº 270: O art. 1.829, inciso 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 participação final nos aqüestos, o falecido possuisse bens particulares, hipóteses em que a concorrência restringe-se a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

Neste raciocínio, uma vez existindo descendentes, e sendo o *de cujus* casado sob o regime de comunhão parcial, o cônjuge sobrevivente só será herdeiro em relação aos bens particulares daquele. Desta forma, nada herdará se não houver bens particulares.

Para os adeptos de qualquer destas duas últimas correntes interpretativas, pretendendo os nubentes simplesmente preservar seus patrimônios particulares, não há regime de bens que possam adotar; neste caso, somente os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e sub-rogado em seu lugar não participariam do acervo patrimonial do *de cujus*.

#### 5.4 Dos regimes de participação final dos aqüestos e separação convencional

O caput do artigo em estudo, relata três situações em que o cônjuge deverá ser excluindo da sucessão: se o falecido era casado sob o regime da comunhão universal; se casado o *de cujus* sob o regime da separação obrigatória de bens; e por fim, se casado sob o regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Entretanto, o dispositivo foi omissivo em relação ao regime de participação final dos aqüestos e separação convencional.

Alguns autores especializados no tema, defendem que existe a participação do cônjuge, nos regimes de participação dos aqüestos e separação convencional na herança do *de cujus*, essa é a lição de Inácio de Carvalho Neto (2005):

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.* (Grifos nossos)

Comunga do mesmo entendimento, Luciano Vianna Araújo (2002), que relata sua opinião:

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 aqüestos, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes."

Neste sentido, os regimes de participação final dos aqüestos e o de separação obrigatória não foram expressamente proibidos, sendo assim, passíveis de concorrência pelo cônjuge *surpésiste* em frente aos descendentes nos bens tidos como particulares.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo científico sobre sucessão, verificamos que o cônjuge sobrevivente, foi beneficiado no atual Código Civil, que o inclui com herdeiro necessário (Art.1845 do CC/02), alterando substancialmente a antiga ordem de vocação hereditária.

A intenção do legislador foi contemplar o cônjuge que ao momento da morte do seu companheiro, não haviam conquistado massa patrimonial em comum, restando apenas bens particulares a serem partilhados, tendo em vista que o cônjuge sobrevivente na codificação cível de 1916 não herdava sobre tais bens, ficando muitas vezes em total desamparo pelos descendentes ou ascendentes do *de cuius*;

O cônjuge supérsiste ocupa a terceira classe dos sucessíveis, mas concorre com os descendentes do *de cuius*, na primeira classe dos sucessíveis, e com os ascendentes do falecido, na segunda classe dos sucessíveis.

Conduto, nosso *Codex* Civil, falhou ao entrelaçar os Institutos de Família e Sucessão, no inciso I do artigo 1829, o que gerou enormes dúvidas aos operadores do direito, com relação a sua real interpretação, sobretudo em quais bens, o cônjuge sobrevivente herdará (meação do *de cuius* ou particulares).

A resposta mais justa ao nosso entendimento da problemática, seria a de que em virtude da *mens legis*, poderia se deduzir que o cônjuge já recebeu metade do patrimônio em comum, restando aos descendentes a outra metade. Assim o correto, seria que o cônjuge sobrevivente herdasse apenas sobre os bens particulares.

Podemos concluir que, por ocasião da morte de um dos cônjuges, faz imperioso, primeiramente, a distinção do que é bem em comum e bem particular; diante das ressalvas legais, somente nas hipóteses de regime da separação convencional de bens; comunhão parcial, existindo bens particulares do falecido; e de participação final nos

aqüestos, o cônjuge sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes, mas sempre sobre os bens particulares do falecido.

De qualquer maneira, trata-se de um Código Civil que acaba de entrar em vigor. Por um lado trás avanços em relação ao Código anterior, assimilando os avanços trazidos pela jurisprudência, e acrescentando alguns avanços jurídicos. Por outro lado, porém, ainda trás imperfeições e lacunas, problemas estes que somente serão resolvidos - ou minimizados - com o tempo, através da jurisprudência, fruto de muita discussão.

## REFERÊNCIAS

ABAD, Raphael Madeira. **A solução para as antinomias reais entre regras através da interpretação sistemática da norma jurídica.** Disponível em: [http://geocities.yahoo.com.br/get\\_es/get\\_es/artigos/int\\_sist.htm](http://geocities.yahoo.com.br/get_es/get_es/artigos/int_sist.htm). Acesso em 19 de novembro de 2006.

ARAÚJO, Luciano Vianna. **Ordem de vocação hereditária no novo código civil: os direitos sucessórios do cônjuge.** Rio de Janeiro, 3 fev. 2002. Disponível em: <http://www.netflash.com.br/justicavirtual/artigos/art48.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

BRASIL, Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). Lex: Legislação Federal e Marginalização. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2003.

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

CARVALHO NETO, Inácio de. **A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código civil.** Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 04 de março de 2007.

CONTIJA, Sejismundo. **Sucessão: regras gerais no novo código.** Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/monografias/mono256.html>. Acesso em 10 de novembro de 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Ponto final. Art. 1829, inciso I, do novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 168, 21 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4634>>. Acesso em: 31 maio 2007

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**, vol. 5º, São Paulo: Saraiva, 2002.

HARADA, Kiyoshi **Imunidade Das Entidades De Assistência Social - Requisitos Legais Para Sua Fruição** - Publicada no Juris Síntese nº 52 - MAR/ABR de 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4093>>. Acesso em: 05 janeiro 2007.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões.** vol. 20 (arts. 1.784 a 1.856) / Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. - São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **O novo direito civil sucessório.** Disponível em: <<http://www.faroljuridico.adv.br>>. Acesso em: 06 de março de 2007.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Considerações sobre a concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão legítima: A lógica do razoável.** *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, V.238. Dez 2006.

MADALENO, Rolf. **O novo direito sucessório brasileiro.** Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/tex245.htm>> Acesso em: 06 de março de 2007.

MENDONÇA, Sylvia Maria. **A sucessão entre cônjuges.** Disponível em: <[www.csalaw.com.br/pdf/Informativo40.pdf+herdeiro+necess%C3%A1rio&hl=pt&ie=UTF-8](http://www.csalaw.com.br/pdf/Informativo40.pdf+herdeiro+necess%C3%A1rio&hl=pt&ie=UTF-8)> Acesso em 10 de novembro de 2006.

MESQUITA, Roberto. **Gramática da língua Portuguesa.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. **Breves considerações sobre o direito das sucessões à luz do novo Código Civil.** Disponível em: <http://www.cpc.adv.br/doutrina/civil/flaviosucessoes.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

NERY JÚNIOR, Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. 8.ed. **Novo Código Civil e legislação Extravagante Anotados.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NICOLAU, Gustavo René. **Verdadeiras modificações do novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4041>>. Acesso em: 07 de março de 2007.

RABELLO, Fernanda de Souza. **A herança do cônjuge sobrevivente e o novo Código Civil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2999>>. Acesso em: 31 maio 2007..

REALE, Miguel. **O cônjuge no novo Código Civil.** Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/03/04/12/aberto001.html> Acesso em 10 de novembro de 2003.

\_\_\_\_\_. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **A nova ordem da vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges.** RT, n. 815, set. 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: das sucessões.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS BRASIL, Luiz Felipe. **Sucessão dos Cônjuges no Novo Código Civil.** Disponível em: [http://www.iusnet.com.br/webs/ruy\\_antunes/artigon86.cfm](http://www.iusnet.com.br/webs/ruy_antunes/artigon86.cfm). Acesso em 10 de novembro de 2006.

\_\_\_\_\_. Pontuações. Disponível em: <http://www.marcoadvogados.com.br/artigoluizfelipe.htm>. Acesso em 05 de janeiro de 2007.

SILVA, Plácido de, **Vocabulário Jurídico**, 15ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999.

VELOSO, Zeno. **Do direito sucessório dos companheiros**. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito de família e o Novo Código Civil**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: das sucessões**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: de família**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.