

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE

Cláudia Hirose Maeda Fuzissima

RESUMO

O Código Civil de 2002 trouxe grandes modificações para o direito brasileiro, sendo uma das principais a matéria de direito sucessório do cônjuge supérstite, que sofreu uma grande evolução desde a sua origem, no direito português até os dias atuais. Trata-se de um assunto polêmico, com grandes divergências doutrinárias, e, por essa razão, percebe-se necessário um estudo mais aprofundado sobre o tema. Atualmente, o cônjuge sobrevivente ocupa o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, na categoria de herdeiro necessário e, por isso, não pode mais ser privado da legítima pela mera vontade de seu consorte. Sobre pelo menos metade do acervo hereditário, composto pela parte indisponível da herança, incidirão seus direitos sucessórios, seja por ter sido convocado sozinho, como representante da terceira classe dos herdeiros legítimos, seja porque concorrerá com outros herdeiros integrantes de classes anteriores (ascendentes ou descendentes). Para melhor demonstrar como funciona o mecanismo de sucessão do cônjuge, será feita uma análise da ordem que se estabelece para aqueles que são convocados a assumir seus quinhões diante dos bens deixados pelo autor da herança, procurando, também, mostrar os diferentes regimes de bens e as peculiaridades de cada um em relação ao tema da concorrência, pois a sua existência dependerá do regime adotado no casamento. Em seguida será analisado o direito real de habitação e a difícil situação da concorrência entre cônjuge e companheiro do *de cuius*, e, só então serão apontados os entendimentos doutrinários acerca dos temas em questão.

Palavras chaves: Cônjuge supérstite; herdeiro necessário; concorrência; herança; regime de bens.

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 trouxe grandes e relevantes modificações e inovações no âmbito do direito sucessório do cônjuge supérstite, que atualmente participa da herança deixada por seu consorte como herdeiro legítimo e necessário, concorrendo diretamente com os descendentes e ascendentes do *de cuius*.

Algumas dessas regras têm causado grandes controvérsias doutrinárias que podem, em alguns casos, acarretar grandes injustiças e prejuízos às partes envolvidas na herança deixada pelo falecido.

Para melhor demonstrar a evolução dos direitos sucessórios do cônjuge, primeiramente, será abordada uma perspectiva histórica, desde as Ordenações Filipinas e o Código Civil de 2002. Para tanto, serão abrangidos, na medida do possível, os aspectos mais relevantes da legislação que vigorou desde os primórdios, começando com o direito romano, passando pelo código de Justiniano, pelo Código Civil de 1916 e chegando aos dias atuais.

Em seguida, será tratado o direito sucessório brasileiro no séc. XX, mencionando a Lei Feliciano Pena, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) e a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977).

Após comentários das principais inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, será feita uma breve referência aos tipos de regime de bens adotados no Brasil e as características e peculiaridades de cada um deles.

Será, então, abordado o tema da concorrência do cônjuge supérstite com descendentes comuns, exclusivos e de filiação híbrida, bem como com ascendentes do falecido. Discutir-se-á nesse contexto, a parcela da herança que caberá ao cônjuge supérstite de acordo com o regime de bens do casamento.

Outro tema a ser tratado é o direito real de habitação e o entendimento doutrinário quanto a ser vitalício ou perpétuo e também a difícil situação de concorrência entre cônjuge e companheiro do falecido.

2 CASAMENTO E REGIME DE BENS

Dispõe o Código Civil em seu art. 1.511 que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Com o casamento os consortes alteram o seu estado civil e assumem responsabilidades, direitos e deveres recíprocos que refletem em todos os aspectos da vida em comum. A “comunhão plena de vida” pressupõe a existência de amor e afeto entre o casal, a dedicação exclusiva um ao outro e aos filhos, além de cumplicidade, mútua convivência e reciprocidade de interesses na organização da vida.

Na visão de Rizzardo (*apud* Carvalho Filho, 2007, p. 1573):

A comunhão de vida é nota fulcral que marca o casamento. Sem esta, desaparecem seu sentido e sua finalidade. O enlace envolve a comunhão de afetos e dos demais componentes de uma vida em comum, como a ajuda mútua, a dedicação recíproca e a colaboração pessoal, doméstica e econômica. Mas o elo espiritual que une os cônjuges é que torna realidade a comunhão material.

Com o casamento ocorre a comunhão de corpo e alma entre homem e mulher, mas também e principalmente, ocorrem consequências patrimoniais para o casal tanto para atuação durante a sociedade conjugal, como para reflexo futuro no direito sucessório.

A convivência familiar enseja, portanto, além do entrelaçamento de vidas, também de patrimônios, sendo indispensável, antes do matrimônio, a definição das questões referentes aos bens, rendas e responsabilidades de cada nubente. Os aspectos econômicos migram para dentro do casamento quando existem bens individuais ou bens adquiridos conjuntamente a fim de garantir o futuro familiar.

Para tanto, os nubentes firmam uma organização conjugal econômica baseada ou no conceito de separação ou no de comunhão de bens, podendo incluir ou excluir bens com origem anterior ao casamento e adotam um regime de bens que contém normas sobre a propriedade do acervo patrimonial trazido para o casamento, assim como a sua administração, disposição, fruição e também o destino dos bens quando da dissolução do casamento. Tudo isso, levando-se em consideração os interesses da família, dos filhos e dos terceiros que contratam com um ou ambos os consortes.

Na visão de Dias (2009, p. 204-05), “a inclusão ou exclusão de bens, anteriores ou posteriores ao casamento, ditam as diretrizes dos diversos regimes e servem para definir a origem, a titularidade e o destino do patrimônio conjugal”.

Portanto, antes do casamento é necessário que os nubentes escolham o regime de bens que melhor se adeque a seus anseios, podendo até mesmo mesclar os existentes, criando um regime exclusivo da forma como desejarem.

Essa escolha regerá a situação patrimonial do casal durante a vigência do matrimônio e também quando da sua dissolução, seja pelo divórcio ou morte de um dos cônjuges.

3 REGIME DE BENS

O regime de bens é uma das consequências jurídicas do casamento, sem ele, não existe casamento. Antes de casarem-se, os noivos escolhem o regime de bens que irá regular sua situação patrimonial durante a vigência do matrimônio e, principalmente, quando de sua dissolução, pelo divórcio ou morte de um deles. Serve para aclarar a origem, a titularidade e o destino dos bens em razão do casamento.

Em face do direito de concorrência, o regime de bens do casamento passou a ter grande relevância, pois dele depende o direito assegurado ao cônjuge viúvo de participar da herança mesmo que haja descendentes e ascendentes do falecido e, não os havendo, assume o cônjuge sobrevivente, a qualidade de herdeiro exclusivo. Portanto, o regime de bens não altera a qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente, muito menos a condição de herdeiro necessário, sendo, além disso, importante para mensurar o direito à meação do cônjuge supérstite.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

No Código Civil de 1916, a família era exclusivamente constituída pelo casamento, que era indissolúvel. Ocorria a união plena de vida e de patrimônio e o

regime legal era o da comunhão universal de bens, que gerava o condomínio de todos os bens, não importando a origem do patrimônio e a época de sua aquisição.

Também existia ao regime dotal, no qual o marido recebia os bens da mulher e os administrava, destinando seus rendimentos ao sustento familiar. Atualmente esse regime já não existe mais, pois conforme afirma Dias (2009, p.203), foi revogado devido à sua não utilização.

Com o surgimento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62), instituiu-se a incomunicabilidade dos bens adquiridos pela mulher com o fruto do seu trabalho. Tal estatuto visava a dar, nitidamente, um caráter protetivo à esposa, porém, com a Constituição Federal de 1988 e a consagração do princípio da igualdade entre homem e mulher, houve a extinção desse instituto por afrontar essa isonomia.

Com a Lei do Divórcio (Lei 6515/ 77), o regime legal de bens passou a ser o da Comunhão Parcial, que afasta a comunicação dos bens adquiridos antes do casamento. Também não se comunicam as heranças, legados e doações recebidas por um dos cônjuges, a qualquer tempo, antes ou durante a vigência do matrimônio. O condomínio estabelece-se quanto aos bens adquiridos durante a vida em comum, com poucas exceções.

3.1.1 Regime de bens no Código Civil de 2002

No casamento, os vínculos afetivos-pessoais entre os cônjuges trazem consequências patrimoniais para ambos, pois assumem mutuamente a condição de consortes, formando uma sociedade conjugal. Essa responsabilidade solidária ocorre também na união estável, reconhecida constitucionalmente como instituição familiar e por isso merecedora da proteção jurídica patrimonial.

Ensina Taquini (*apud* Madaleno, 2009, p.516) que:

O regime de bens deve conter normas sobre a propriedade do acervo trazido para o casamento ou para a união estável, e tratar do destino desses bens depois da sua constituição, identificando os proprietários dos bens adquiridos durante o matrimônio ou na constância da relação estável, sua administração e gozo, a sua disposição, e, como se finaliza o regime e o destino dos bens, tudo com vistas às relações conjugais ou de convivência fática, passando pelos cuidados e interesses dos filhos, quando existentes, da família e dos

terceiros que contratam com o casal, ou individualmente com um dos integrantes da sociedade afetiva.

Para Madaleno (2009, p.515):

O sustento da família fica a cargo da entidade conjugal ou da comunidade afetiva estável, encarregada de satisfazer suas requisições econômicas com os rendimentos de seus componentes, na proporção do esforço de cada um, ou podem seus atores criar um patrimônio acomodado ao uso e às necessidades e sustento da composição familiar.

O regime de bens é consequência jurídica do casamento, cuja viabilidade se dá com o pacto antenupcial, válido somente se for feito sob a forma de escritura pública.

Se não houver a escolha do regime de bens pelos nubentes, nem imposição legal, o Estado faz a opção por eles e os obriga ao regime da comunhão parcial de bens, regime que também rege a união estável.

Como novidade, foram introduzidos no Código Civil de 2002 o regime da participação final nos aquestos e a possibilidade de alteração do regime de bens na constância do matrimônio. Tal alteração só pode ser efetivada por meio de decisão judicial, sendo exigido que ambos os cônjuges formulem, conjunta e fundamentadamente, os pedidos em motivo relevante e desde que sejam ressalvados os direitos de terceiros.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS REGIMES DE BENS

No sistema vigente no Brasil há quatro regimes de bens estabelecidos no Código Civil da seguinte forma:

1. Regime da Comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666);
2. Regime da Comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671);
3. Regime da Participação Final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686);
4. Regime da Separação de bens (arts. 1.687 e 1.688);

Conforme o regime de bens escolhido pelos cônjuges, decorre a liberdade ou restrição de cada um deles de cuidar e dispor de seu patrimônio, ou de assumir

obrigação de natureza real, ou meramente contratual de favor, como por exemplo a fiança e o aval.

3.2.1 Regime da comunhão parcial

O Regime da comunhão parcial também é chamado de regime legal ou supletivo, pois é aplicado aos casamentos nas seguintes situações: quando não houver a celebração de pacto antenupcial, quando o pacto for nulo ou inválido ou quando a lei não impuser o regime de separação de bens.

Nesse regime formam-se três acervos distintos: os bens particulares da esposa, os bens particulares do marido e os bens comuns. Os bens particulares são aqueles que cada um dos cônjuges já possuía antes do casamento ou aqueles recebidos por herança ou doação ainda que na constância do matrimônio, assim como aqueles adquiridos pela alienação desses últimos.

Pela regra geral do art. 1.658, CC, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento. Não se comunicam, na forma do art. 1.659, CC:

- I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;
- III - as obrigações anteriores ao casamento;
- IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;
- V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;
- VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;
- VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

O art. 1.660, CC elenca as hipóteses de inclusão na comunhão parcial:

- I- os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;
- II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;
- III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;
- IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

No regime da comunhão parcial comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, pois presume-se que a aquisição se fez com o fruto do trabalho de ambos os cônjuges ainda que estejam em nome de só um deles. Também se comunicam os bens adquiridos por doação ou herança em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge, os frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento.

Vale mencionar ainda, que no caso de bens móveis há a presunção de que foram adquiridos na constância do casamento se não houver prova em contrário.

Excluem-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuir ao casar e os que lhe sobrevierem na constância do casamento, por doação ou sucessão, obrigações anteriores ao casamento, obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo se reversão em proveito do casal e, assim como no regime da comunhão universal de bens, os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões ou rendas semelhantes.

Também, no regime da comunhão parcial de bens, a administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges.

3.2.2 Regime da comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal era o regime legal do ordenamento brasileiro, até o advento da Lei do Divórcio, em 1977, quando o regime da comunhão parcial de bens passou a ocupar essa condição. Esse regime deve ser adotado pelos nubentes por meio de um pacto antenupcial e caracteriza-se pela integração total do patrimônio particular de cada um dos cônjuges com o patrimônio comum, formando, assim, um único acervo em que ambos são titulares de meação, ressalvadas as exceções do art. 1.668, CC, ou seja, os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade, as dívidas anteriores ao casamento, as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade, os bens de uso pessoal, os livros e

instrumentos de profissão, os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões ou rendas semelhantes.

A administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges e, se forem contraídas dívidas no exercício da administração, essas serão salgadas através do patrimônio comum e particular do cônjuge administrador e com o patrimônio do outro na proporção do proveito que houver auferido. Já se forem contraídas dívidas na administração dos bens particulares e em benefícios destes, não haverá vinculação dos bens comuns.

Aos cônjuges casados sob esse regime, é vedado, por disposição do art. 977, CC, a sociedade entre si e com terceiros. A intenção do legislador foi evitar a criação de uma sociedade simulada, pois ao casar-se no regime da comunhão universal, o casal terá formado um único patrimônio que é comum a ambos.

Também nesse regime, a anuência de ambos os cônjuges é necessária para todos os atos que impliquem na cessão do uso e gozo dos bens comuns e tal exigência não pode ser afastada nem por pacto antenupcial.

Trata-se de regime de bens que se nota a comunhão não só quanto ao patrimônio, mas também com relação aos interesses do casal.

3.2.3 Regime da participação final nos aquestos

O regime de bens da Participação final nos aquestos é novidade na tradição social e jurídica brasileira, porém, é regime comum na maioria dos países europeus.

Segundo Sebastião (UNIJUS v. 10, p. 23), trata-se de um regime especial, híbrido, que durante o casamento, tem tratamento patrimonial similar ao regime da separação universal de bens, já que a administração dos bens particulares é plena; e, por ocasião da dissolução da sociedade conjugal (por morte ou por ato *inter vivos*) tem tratamento similar ao da comunhão parcial de bens- uma vez que cada qual dos cônjuges passa a participar da meação dos bens adquiridos a título oneroso, no curso do casamento.

Na constância do casamento, tudo o que os cônjuges adquirem integra a massa do patrimônio de cada um. No momento da dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens adquiridos, onerosamente, na constância do casamento e divididos

pela metade para cada um dos cônjuges. Sua utilidade maior, como ocorre nos países em que é adotado, é, a princípio, para aqueles cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem certo patrimônio ao casar-se, bem como potencialidade profissional de fazê-lo posteriormente.

No caso de dívidas adquiridas posteriormente ao casamento por um dos cônjuges, o outro não responderá, salvo prova de terem revertido parcial ou totalmente em benefício do outro.

A vantagem de se adotar esse regime de bens é que não há discussão patrimonial durante o casamento, uma vez que há autonomia patrimonial dos cônjuges.

3.2.4 Regime da separação de bens

O regime da separação de bens pode ser *convencional* ou *obrigatório*. Nesse regime, referido pelo art. 1.641, CC e pelo art. 1.687, CC como o regime da separação absoluta, os bens de cada um dos cônjuges não se comunicam e as respectivas administrações são exercidas com exclusividade pelo cônjuge titular do patrimônio. O patrimônio passado, presente e futuro não se comunicam, nem durante o casamento e tampouco quando de sua dissolução. Cada um conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, assim como a responsabilidade pelas suas dívidas anteriores e posteriores ao casamento.

Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial. Ao concorrer com a manutenção da família, comunicam-se as dívidas ou empréstimos contraídos na aquisição do necessário à economia doméstica, conforme versam os arts. 1.643 e 1.644, CC.

Regra geral, os nubentes podem adotar qualquer dos regimes de bens previstos na lei, porém, há hipóteses em que sua vontade não é respeitada. A lei lhes impõe o regime da separação obrigatória por razões de ordem pública, ou por razões de proteção aos interessados.

Nos termos do art. 1641, CC, o regime de separação obrigatória ocorre nas seguintes hipóteses:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Na visão de Dias (2009, p. 228), tal regime “trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça”.

Os cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros, conforme dispõe o art. 977, CC. O consentimento do cônjuge não se faz necessário nem mesmo para a venda de bens ascendentes e descendentes.

Em relação aos nubentes com mais de 70 anos de idade, Dias (2009, p. 230) entende que trata-se de uma “flagrante afronta ao Estatuto do Idoso”, pois a limitação da vontade em razão da idade, se constitui verdadeira sanção. Se o casamento tiver sido precedido por união estável iniciada antes dessa idade, o regime de bens poderá ser diverso. Isso se deve ao fato de que não se pode privar os nubentes dos bens que adquiriram juntos em união estável, por sobrevir casamento septuagenário.

4 ORIGEM DO DIREITO SUCESSÓRIO

A origem do Direito das Sucessões, de acordo com Magalhães (2004, p. 01) remonta ao tempo do início da civilização. Atualmente, a palavra *sucessão* é empregada, em sentido estrito, tão somente para designar a transferência da herança ou do legado, por morte de alguém, a seu herdeiro ou legatário, por força da lei ou por meio de um testamento. Sucessão não significa somente a transmissão de bens; as obrigações, desde que não sejam personalíssimas, também são objeto do direito das sucessões.

Rodrigues (2002, p.03) define o *direito das sucessões* como “o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”. Em sentido objetivo, o direito das sucessões designa o conjunto de normas relativas à transmissão dos bens e em sentido subjetivo, o direito de uma pessoa de receber a herança de outrem.

Quanto à fonte, a sucessão pode ser testamentária ou legítima. Será testamentária quando baseada em testamento e legítima quando fundada em lei. Em relação aos efeitos, a sucessão pode ser Universal ou Singular. É Universal quando se transfere toda a herança ou uma quota ideal dela, sem discriminação e bens. A essa sucessão dá-se o nome de herança. Singular, é a sucessão em bens individualizados, também chamados de legados.

A doutrina, segundo Hironaka (2008, p.24) aponta a origem do direito das sucessões nos direitos egípcio, hindu e babilônico. Tais direitos figuram como os mais antigos e formaram a base de todo o direito moderno.

Uma das principais fontes do direito sucessório é o direito romano, cuja origem se deu por volta do séc. VII a.C. e consolidou-se no código de Justiniano, que já possuía disposições bastante avançadas sobre sucessões.

Nos primórdios, a religião tinha uma grande importância dentro do núcleo familiar. Hebreus, hindus, gregos e romanos cultuavam, além dos antepassados, também a religião do lar, chamada *Deuses lares*.

Conforme afirma Magalhães (2004. p.01), os mortos eram enterrados no interior da casa ou em suas adjacências, pois acreditava-se que continuavam a conviver com os vivos e por isso, eram considerados entes sagrados.

Nos ensinamentos de Hironaka (2007, p. 03), pertenciam à mesma família aqueles que participavam do mesmo culto aos deuses domésticos, que nada mais eram que seus antepassados. O culto desenvolvia-se diante do altar doméstico e a família ficava, por dever e por religião, agrupada ao seu redor.

Naquela época, não se transmitia a propriedade, somente herdava-se a administração e a condução do culto familiar, juntamente com a administração da propriedade que abrigava o altar doméstico.

Em Roma, de acordo com Dias (2008, p.25), o patrimônio era transferido por meio de testamento e o interesse na transferência dos bens era mais religioso do que patrimonial, pois o culto doméstico se extinguia se alguém morresse sem deixar sucessor, ocasionando a infelicidade aos mortos. Por isso a importância do herdeiro para dar continuidade à religião familiar.

De acordo com Hironaka (2007, p.4), a sucessão somente era admitida ao filho varão primogênito e, na falta deste, aos demais, inclusive os colaterais mais próximos pela linha paterna. Tão importante era o filho varão, que se o *pater familias* possuísse

apenas filhas, este poderia adotar um filho varão para sucedê-lo no culto ou então, tomar um neto, primeiro filho varão de sua filha, como sendo seu filho.

De acordo com Magalhães (2004, p. 02):

Em razão disso, [desligamento da filha da família do pai] a primogenitura ou varonia era tão valorizada, e a mulher que não conseguisse gerar um filho homem considerava-se amaldiçoada por Deus e, neste caso, o marido estava autorizado a obtê-la em uniões extraconjugais ou por adoção.

A mulher solteira, à época da morte do *pater*, podia partilhar a herança com seu irmão, ajudando na administração dos bens, porém, este direito lhe era retirado com o casamento. Dessa forma, dificilmente lhe eram atribuídos direitos sucessórios. Ao casar-se, a mulher desvinculava-se totalmente da família de seu pai e passava a integrar a família do marido, passando até mesmo a cultuar os seus deuses.

Portanto, se ao primogênito cabia continuar o culto doméstico e a existência da família, cabia-lhe, por direito próprio, os bens materiais da família após o falecimento do pai.

Segundo Cahali (2007, p.28):

Em Roma, a morte do *pater familias* autorizava os herdeiros a recolher a sucessão, mas igualmente era lícito indicar o defunto os seus sucessores-distinguindo-se, então, as duas modalidades de sucessão *ab intestato*, e a designação *per testamentum*, para distinguir a situação daquele que falece sem testamento (*intestatus*), e a do que deixa declaração de última vontade (*testatus*).

Conforme afirma Hironaka (2007, p. 05), com a lei das XII Tábuas, se o *pater familias* falecesse sem deixar testamento, a sucessão era devolvida a três classes de herdeiros:

1) *Sui heredes*- Filhos (homens ou mulheres) sob pátrio poder, a esposa sujeita ao poder marital (porque ocupava o lugar da filha) e outros parentes sujeitos ao *de cuius*, como os netos, cujo pai fosse pré-morto.

2) *Agnati*- Pessoas sob o mesmo pátrio-poder ou que a ele se sujeitariam se o *pater familias* não estivesse morto. A herança só era deferida aos agnados mais próximos no momento da morte, ou seja, o colateral de origem exclusivamente paterna, entre eles o irmão consanguíneo, o tio (filho do avô paterno), o primo (filho desse tio) e assim sucessivamente, sem restrição de grau. Os parentes colaterais masculinos do lado

materno eram chamados *cognatos*, pois não guardavam relação com o tronco exclusivamente paterno do *de cuius*.

3) *Gentili* - Os membros da mesma gens, incluindo a mãe sobrevivente.

No ano de 529, d.C, Justiniano estabeleceu um novo direito sucessório que contemplava a família natural e o parentesco consanguíneo (cognatício), admitindo a plena capacidade sucessória dos filhos e da mulher. Por essa disposição eram chamados à sucessão os descendentes, ascendentes, os irmãos pela linha paterna e materna ou apenas por uma delas, os colaterais até o 6º grau e na falta desses herdeiros, o cônjuge viúvo.

No Código de Justiniano estava previsto o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. A mulher pobre e sem dote tinha direito à quarta parte da herança do marido sem filho, ou a uma parte da herança em usufruto, se o marido pré-morto tivesse filho com ela ou de casamento precedente.

Ainda segundo Hironaka (2007, p.05):

A reformulação da ordem de vocação hereditária somente ocorreu com Justiniano, passando a chamar pela ordem, os descendentes, os ascendentes em concurso com os irmãos e irmãs germanos, os irmãos e irmãs consanguíneos ou uterinos, os outros colaterais (agnados e cognatos), o cônjuge sobrevivente e o fisco, que arrecadaria a herança vacante.

Na Baixa Idade Média, deferiam-se os bens de acordo com sua classe e origem, havendo para cada qual uma ordem distinta de vocação sucessória. Separavam-se os bens segundo sua origem materna ou paterna, os móveis dos imóveis, os adquiridos pelo falecido. Os bens eram devolvidos ao seu tronco de origem se o falecido não tivesse deixado descendentes ou colaterais sucessíveis. Os ascendentes eram excluídos ou então sua classe era colocada posteriormente aos colaterais.

É nesse período que se desenvolve o princípio da representação que podia ser aplicado tanto na linha reta como também na colateral. O direito sucessório beneficiava determinada classe com o privilégio de masculinidade. Ao primogênito ou ao filho mais novo, eram atribuídos os direitos sucessórios com exclusividade ou em quota parte, superior àquela destinada aos demais herdeiros de mesma classe, ou com os bens de melhor qualidade.

De acordo com Palermo (2007, p.17):

Na Idade Média e na era contemporânea o instituto das sucessões continuou pautando-se pelas desigualdades entre herdeiros, com privilégios para primogênitos, descendência masculina e prevenção ‘a família ilegítima, afastamento do cônjuge, distinção entre nacional e estrangeiro e entre nobres.

Com o Código de Napoleão, estabeleceu-se a distinção entre herdeiros e sucessores, mantendo a unidade sucessória e a igualdade de herdeiros do mesmo grau. A linha de vocação hereditária era formada pelos herdeiros (filhos e descendentes, ascendentes e seus colaterais até o 10º grau, passando, posteriormente, ao 4º grau). Faltando estes, a sucessão era completada com os sucessíveis (filhos tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado).

4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE

Foi com a Lei das XII Tábuas, no direito romano, que a mulher passou a ter possibilidade de possuir bens e, desta forma, poder suceder e dispor dos bens herdados do marido. Ao cônjuge sobrevivente era reservado o último lugar na ordem de vocação hereditária, só herdando após os filhos e os parentes até 6º grau.

Na última fase do direito romano, o cônjuge viúvo passou a ter o direito de concorrência com os herdeiros. A mulher que não tivesse bens herdaria a quarta parte em propriedade dos bens se não houvesse filhos do *de cuius* e, em usufruto, se tivesse até três filhos, se tivesse mais que três filhos, ainda assim herdava, porém, de forma limitada.

4.2 DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL

A legislação brasileira anterior ao Código Civil de 1916 sofreu muita influência da legislação de Portugal. As Ordenações Filipinas influenciaram o direito sucessório, que previa linha de vocação hereditária formada pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o 10º grau, o cônjuge sobrevivente e o fisco.

Segundo Veloso (2010, p.17), “as Ordenações Filipinas prescreviam que se o falecido não deixasse parentes até o 10º grau da linha colateral, seria chamado à sucessão o cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro viviam juntos, habitando a mesma casa”.

Posteriormente, com o Decreto nº 1839 de 1907 (Lei Feliciano Pena), a posição do cônjuge sobrevivente inverteu-se com a dos colaterais, passando o cônjuge a herdar em terceiro lugar e limitando os colaterais ao 6º grau.

Também previa a aludida lei a estipulação da legítima em metade da herança, o que permanece no sistema sucessório atual.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, o cônjuge foi mantido em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, adotando o sistema da lei Feliciano Pena, o que pode ser considerado um grande avanço no regime sucessório brasileiro.

Sobre o tema, afirma Palermo (2007, p.34),

O Código Civil de 1916 conservou a ordem de vocação hereditária, sendo estabelecido que o cônjuge herdasse na ausência de descendentes ou ascendentes, desde que não estivesse separado do falecido. O art. 1.611 daquele código, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), determinava que a dissolução da sociedade conjugal, excluía o cônjuge da vocação sucessória.

Com a edição da Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), institui-se o usufruto vidual (abolido pelo Código Civil de 2002) em forma de herança concorrente, com os descendentes e ascendentes, para o cônjuge sobrevivente, conforme redação do § 1º do art. 1.611 do Código Civil de 1916:

O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*.

Também, com o intuito de proteger o cônjuge supérstite na hipótese de não ter onde morar, o Estatuto da Mulher Casada estabeleceu outra inovação importante, que foi o direito real de habitação. O Estatuto inseriu, no §2º do mesmo art. 1.611 supracitado, o direito real de habitação tendo como objeto o imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

O mesmo não ocorre no Código Civil de 2002. O seu art. 1.831 não mais condiciona o direito real de habitação ao estado de viuvez do cônjuge supérstite. Um novo casamento ou união estável não mais excluem esse direito, apenas a morte do cônjuge sobrevivente. É, portanto, o direito real de habitação um direito permanente.

Com o advento da Lei 6515/77 (Lei do Divórcio), houve a reforma do *caput* do art. 1.611, passando a excluir o cônjuge da herança, não somente pelo desquite, mas por qualquer tipo dissolução do vínculo conjugal. Além disto, com a alteração do regime legal de bens para o da comunhão parcial, permitiu-se a incômoda possibilidade do cônjuge sobrevivente ficar desprotegido após a morte do *de cuius* se não houvesse bens comuns a dividir na meação, e, desta forma, toda herança referente aos bens particulares podia ser transmitida apenas aos descendentes ou ascendentes.

5 O CÔNJUGE SUPÉRSTITE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: HERDEIRO NECESSÁRIO?

No Código Civil de 1916, o cônjuge integrava a ordem de vocação hereditária, ocupando o terceiro lugar, depois dos descendentes e ascendentes, mas não era herdeiro necessário e, portanto, podia ser excluído da sucessão por via testamentária. O cônjuge sobrevivente só era chamado na falta de descendentes e ascendentes e desde que não estivesse separado ou divorciado com sentença transitada em julgado. A separação de fato não bastava para que fosse excluído da sucessão.

Ao cônjuge viúvo lhe restava apenas as prerrogativas do direito real de habitação na residência única da família e se casado no regime da comunhão universal de bens. Se fosse casado por outro regime de bens tinha direito de usufruto sobre a metade ou quarta parte da herança, conforme tivesse ou não filhos com o autor da herança (usufruto vidual).

O Código Civil de 2002 incluiu o cônjuge dentre os herdeiros necessários, independentemente do regime de bens adotado. Quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes e ascendentes, a herança é transmitida obrigatoriamente ao sobrevivente, que herda a integralidade do patrimônio, independente do regime de bens. Também foi mantido o direito real de habitação, estendendo-o para qualquer tipo de regime de bens, porém silenciou-se quanto a sua

extinção ou não pelo novo casamento ou constituição da união estável. Assim, para a maioria da doutrina, há o direito real de habitação sobre o único imóvel da família, independente do regime de bens e da manutenção do estado de viuvez.

Quanto ao usufruto vidual, este não foi acolhido pelo novo código civil, tendo sido substituído pela garantia de quota patrimonial em certos casos.

Os benefícios do cônjuge viúvo vão muito além da sua condição de herdeiro necessário. Dependendo do regime de casamento, tem direito a fração da herança, se o falecido tinha descendentes. Quando existirem somente ascendentes, existirá sempre a concorrência, independentemente do regime de bens.

Observa Magalhães (2004, p. 97) que, “quando se trata de legitimidade concorrente, a participação do cônjuge sobrevivente não é irrestrita”. Conforme o art. 1.829, I do CC, quando em concurso com descendentes, o cônjuge sobrevivente só participará da herança do outro se o regime de bens for o de separação voluntária, ou da comunhão parcial de bens quanto aos bens particulares do *de cuius*, ou seja, aqueles que não entram na comunhão.

Nos casos em que há meação (regime de comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens quanto aos bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso e gratuito), o cônjuge sobrevivente não concorrerá na qualidade de herdeiro com os descendentes do *de cuius*, pois é, em tese, meeiro. A exceção é o regime da separação obrigatória, pois neste caso, o cônjuge sobrevivente não poderá ser herdeiro concorrente.

Assim, a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do *de cuius*- a maior modificação do direito sucessório- depende do regime de bens adotado no casamento.

6 DISPARIDADE ENTRE OS REGIMES DA COMUNHÃO UNIVERSAL E DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

A concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido depende do regime de bens do casamento. Tal concorrência não ocorre se o regime adotado for o da comunhão universal ou o da separação obrigatória.

Como regra geral do art. 1.667, CC, o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens não concorre com os descendentes do *de cujus* pelo simples fato de já ser meeiro, não sendo razoável a disputa dos bens da herança com os descendentes do falecido. Porém, há ocasiões em que o cônjuge não é meeiro, como na hipótese de todos os bens serem exclusivos, particulares do outro cônjuge, como no caso de bens herdados ou doados com cláusula de incomunicabilidade ou sub-rogados em seu lugar.

Com relação aos bens incomunicáveis, estes não são objeto de meação, por isso, segundo Dias (2008, p. 155), “a doutrina passou a sustentar a possibilidade de deferir o direito de concorrência sobre os bens particulares, sob o fundamento de que sobre eles não cabe meação”. Porém, tal raciocínio não encontra regulação no ordenamento civil brasileiro.

No tocante ao regime da comunhão parcial de bens haverá um patrimônio comum, formado após o casamento, e o patrimônio particular de cada cônjuge, adquirido antes da celebração do casamento e sem a participação de um sobre o patrimônio do outro. A redação do inciso I do art. 1.829, CC deixa margem a várias interpretações.

Dispõe o referido artigo:

A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem: 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; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

A dúvida surge diante do uso da expressão “*salvo se*”, utilizada, na primeira parte do inciso e a última parte do dispositivo, que se refere à concorrência no regime de bens da comunhão parcial, separada por um ponto-e-vírgula, seguido da expressão “*ou se*”.

O dispositivo de lei que institui a concorrência do cônjuge à legítima determina, em outras palavras, que: o cônjuge não será herdeiro em concurso com descendentes ou ascendentes (...) se o autor da herança não houver deixado bens particulares. A primeira vista, o raciocínio parece ser lógico, pois se não houver bens particulares, o sobrevivente terá direito à meação sobre a totalidade do acervo hereditário e não deverá herdar, como não herdará, também, o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal.

Ocorre que, existindo bens particulares deixados pelo autor da herança, o cônjuge sobrevivente é chamado à sucessão indistintamente. O legislador não disse que a sua legítima só recairia sobre os bens particulares e isso faz com que surjam então, alguns questionamentos, tais como: A legítima também recairia sobre a outra meação (aquela, objeto de herança dos descendentes ou ascendentes)? E, no caso de existir apenas um bem particular, isso bastaria para que se fizesse tão grande diferença?

Esta é uma questão polêmica, pois segundo Diniz (2008, p. 122), no regime de comunhão parcial de bens, na concorrência com descendentes, não se deve considerar apenas os bens particulares do *de cuius*, mas sim todo o acervo hereditário, “porque a lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do *de cuius* e para atender ao *princípio da operabilidade*, tornando mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro”. Acrescenta, ainda, que a herança é indivisível, deferindo-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

A dúvida está em se definir em sobre qual parcela dos bens o cônjuge irá concorrer com os descendentes: se somente sobre os bens particulares do falecido, ou se sobre todo acervo hereditário, incluindo também a parte comum já dividida pela meação.

Portanto, havendo patrimônio particular, o cônjuge é chamado a concorrer na herança. A questão é como se dará a sua participação, pois o referido artigo é silente neste aspecto.

Regra geral, havendo meação não há sucessão, como ocorre no regime da comunhão de bens, onde todos os bens comunicam-se e o cônjuge faz jus somente à meação, ou seja, a 50% do patrimônio. No regime da comunhão parcial, não havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente não concorrerá na herança, terá somente a sua meação no patrimônio que foi adquirido a partir do casamento, sendo a outra metade partilhada entre os descendentes.

Havendo bens particulares o cônjuge é chamado a concorrer na herança. Parte da doutrina entende que, como há meação, em relação ao patrimônio adquirido em comum, o cônjuge sobrevivente concorrerá somente no patrimônio particular do falecido, ou seja, receberá 50% do patrimônio adquirido após o casamento (meação) e concorrerá na herança somente dos bens particulares. Por outro lado há os que defendem a ideia de que uma vez chamado à sucessão, o cônjuge concorrerá à totalidade da herança, ou seja, participará tanto no patrimônio particular com também no patrimônio comum.

Afirma Dias (2008, p.158) que:

É amplamente majoritária a tendência de assegurar o direito de concorrência quando existem bens particulares: os adquiridos antes do casamento, os recebidos por doação ou por herança e todos os demais que são excluídos da comunhão (CC 1.659). Assim, quando o casal se divorcia, são partilhados apenas os bens comuns. Cada um fica com a metade, a título de meação, e com os seus bens particulares. No entanto, se a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, o outro participa da sucessão como herdeiro. Concorre com os descendentes ou os ascendentes sobre os bens particulares. Ou seja, recebe *causa mortis* aquilo que não receberia *inter vivos* na sociedade conjugal.

A título de exemplo, imagine-se um patrimônio de R\$1.000.000,00, dos quais R\$ 500.000,00 correspondem ao patrimônio particular do marido e os restantes R\$500.000,00 ao patrimônio amealhado junto com sua esposa. Supondo duas hipóteses:

- 1) Os cônjuges são casados pelo regime da comunhão universal de bens e
- 2) Os cônjuges são casados pelo regime da comunhão parcial de bens.

Se o marido vier a falecer, a viúva, na hipótese 1, não possui direito de herança, visto que, por lei, é meeira do falecido. Ficaria, portanto, somente com sua meação (R\$250.000,00), que corresponde à metade do patrimônio total do marido, ou seja, R\$500.000,00.

Na hipótese 2, como o marido deixou bens particulares, a viúva terá direito à concorrência sobre eles, pois é herdeira necessária. A título de meação, ela terá direito à metade do patrimônio comum, ou seja, R\$ 250.000,00. Os restantes R\$500.000,00 do patrimônio particular do *de cuius* seriam somados aos restantes R\$ 250.000,00 de sua parte da meação, que somados, totalizariam o montante de R\$ 750.000,00, que seria dividido entre seus herdeiros. Supondo que o casal tivesse apenas um filho, desse total, a viúva herdaria R\$ 375.000, 00 (se a concorrência se der sobre toda a herança), correspondentes à metade da herança e que, somados à sua meação, totalizariam R\$625.000,00, ou seja, R\$ 125.000,00 a mais do que na hipótese de serem casados pela comunhão universal. Supondo que o casal tivesse dois filhos, a herança que caberia à viúva seria de 1/3 do patrimônio total, ou seja, R\$ 250.000,00, que somados à sua meação, totalizariam R\$500.000,00, ou seja, o mesmo valor que auferiria na comunhão parcial.

De tudo isso, chega-se a uma conclusão: o regime da comunhão parcial de bens passaria a ser, em diversas situações, mais vantajoso que o da comunhão universal.

Essa disparidade retira a natureza do regime de bens e frustra totalmente a vontade dos nubentes.

Deveria ter previsto o legislador que, no regime da comunhão universal de bens, se houvesse apenas bens particulares do *de cujus*, haveria a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, com relação aos bens particulares, até mesmo para manter coerência e harmonia como no regime da comunhão parcial.

6.1 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA CONCORRÊNCIA NA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL

Em se tratando de concorrência entre cônjuge e descendentes do falecido, é necessário que se estabeleça a premissa e o fundamento do instituto em questão. Assim, determina o art. 1.829, I do CC que:

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

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

Em decorrência da confusa redação do art. 1.829, I, CC, a respeito do regime da separação convencional não tratada naquele dispositivo, tem havido polêmica entre os doutrinadores, sendo que a grande maioria entende que o cônjuge participa da sucessão juntamente com os descendentes, se for obedecido o espírito de proteção ao cônjuge sobrevivente.

O inciso I do artigo supracitado indica, expressamente, os regimes de casamento em que não ocorre a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes e dentre eles não foi mencionado o regime de separação convencional, daí a concluir-se que há concorrência entre cônjuge sobrevivente e descendentes do *de cujus* se este foi o regime de casamento.

Segundo Reale (2003, p.2), “em um código os artigos se interpretam uns pelos outros’, eis a primeira regra de hermenêutica jurídica estabelecida pelo jurista Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código de Napoleão”.

Afirma a doutrina que a lei assegura, como regra geral, o direito de concorrência do cônjuge com os descendentes, estabelecendo as exceções enumeradas pelo dispositivo legal. Não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido quando casado por regime patrimonial que implique em meação. Isso porque, se concorresse nessas hipóteses, receberia muito mais do que os descendentes. E, no caso dos descendentes não serem filhos do cônjuge meeiro, estes seriam muito prejudicados; pois, além de não sucederem o cônjuge supérstite na meação, ainda veriam a legítima dividida entre o cônjuge supérstite e os descendentes do autor da herança.

Por ter sido a lei omissa ao não citar o regime de separação convencional de bens entre as exceções ao direito de concorrência no art. 1.829, I, CC, o cônjuge sobrevivente acaba recebendo parte dos bens do falecido, ainda que não tenha sido essa a sua intenção. Ao firmarem o pacto, os cônjuges deixam claro o seu desejo de afastar qualquer efeito patrimonial do casamento, por isso paira essa incongruência de, após a morte de um deles, o outro ser agraciado com alguns bens do falecido.

Conforme o enunciado 270 aprovado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal/centro de Estudos Judiciários, ocorrida em Brasília, DF, nos dias 1º a 3 de dezembro de 2004:

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 de separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Sobre o tema, pronuncia Veloso (2010, p.71) que:

Não é pelo fato de o regime de bens ser o da separação, tornando incomunicáveis os bens de cada cônjuge, fazendo com que os patrimônios sejam autônomos, apartados, desligados, enquanto persiste o casamento, que se deve esticar essa situação além da vida, para que, na sucessão, por causa da morte, a solução seja a mesma. Sem uma lei que determine expressamente, não se pode afirmar que o cônjuge cujo regime foi o de separação convencional vai deixar de ser, por isso, herdeiro necessário do outro, e não irá concorrer com os descendentes.

Segundo Veloso (2010, p.71) esse entendimento foi refutado por uma decisão do STJ (3ª Turma, Resp n.992.749-MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, data do julgamento: 1º-12-2009), em cuja ementa consta que:

O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal, (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra das vontades das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de bens, à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge não é herdeiro necessário.

Tal decisão viola diretamente o art. 1.829, I, CC, pois o regime de separação convencional não está elencado entre as suas hipóteses, não sendo permitida a ampliação das regras ali estabelecidas, pois são excepcionais.

Há que se entender que, se os patrimônios eram separados, independentes, sem meação e, para evitar que o cônjuge sobrevivente fique desamparado, foi previsto a concorrência deste com os filhos do falecido (arts. 1.829, I e 1.832, CC). A separação convencional faz com que os bens não se comuniquem durante o casamento (com os cônjuges vivos), porém isso não significa que essa condição seja mantida com a morte de um deles, quando as regras aplicáveis são de direito sucessório.

6.2 PARCELA SOBRE A QUAL INCIDIRÁ A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE

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

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

Institui esse artigo que, concorrendo com os descendentes do morto, caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que herdarem por cabeça, não podendo a sua quota parte se inferior à quarta parte da herança se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

Denota-se que o cônjuge tem direito a um quinhão igual ao dos descendentes que herdam por direito próprio, mas que sua quota parte não pode ser inferior a um quarto da “herança” se os descendentes do falecido forem também seus descendentes.

6.2.1 Concorrência com descendentes

Os descendentes são herdeiros preferenciais, pois são chamados em primeiro lugar, antes de todos os outros, com a morte do *de cuius*. São integrantes da primeira classe da ordem de vocação hereditária, que é composta por filhos, netos, bisnetos etc. do autor da sucessão, de forma ilimitada, pois o parentesco em linha reta não possui limite em grau. São também herdeiros necessários, têm direito à legítima e não podem ser excluídos da sucessão por disposição testamentária.

Primeiro são chamados os descendentes mais próximos em grau, em relação ao autor da herança, em prejuízo dos mais distantes, salvo o direito de representação. Havendo vários descendentes de um mesmo grau, estes sucedem por direito próprio, sendo a herança partilhada por cabeça. Se os descendentes mais próximos do falecido forem os netos, sucedem por direito próprio.

Os filhos sempre sucedem por direito próprio. Os demais podem fazê-lo por direito próprio ou por representação, substituindo ascendente pré-morto, indigno ou deserdado.

Podem participar da sucessão em concorrência com o cônjuge sobrevivente se o regime matrimonial era o da separação convencional de bens, o da participação final nos aquestos ou o da comunhão parcial, desde que o *de cuius* tenha deixado bens particulares.

6.2.3 Descendentes comuns

Na hipótese legal de concorrência com os descendentes comuns do casal, o cônjuge supérstite sempre terá assegurado para si a quarta parte (25%) da totalidade do acervo hereditário deixado pelo falecido, conforme dispõe o art. 1.832, CC

Art. 1832. Em concorrência com os descendentes (art. 1829, I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos sucessores por cabeça, não podendo sua quota parte ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

O Código Civil inovou mais uma vez, ao dispensar ao cônjuge tratamento privilegiado concedendo-lhe uma "quota" mínima caso venha a concorrer com os descendentes comuns com o autor da herança.

Em regra, o cônjuge concorre com os descendentes somente nos bens particulares, não nos comuns, pois, em relação a estes, já está protegido pela meação. Portanto, na referência feita à herança no artigo supracitado, devem ser compreendidos, como objeto da concorrência, os bens particulares, não os comuns.

A quota parte que o cônjuge recebe é igual à dos descendentes que sucederem por cabeça. A título de exemplo, sendo três os filhos em comum, a parte da herança, motivo da concorrência, é dividida em quatro partes iguais, atribuindo-se uma quota a cada um dos filhos e outra ao cônjuge. Sendo cinco os filhos comuns, o cônjuge receberá 25 % (vinte e cinco por cento) da herança, enquanto que os filhos terão os restantes 75% (setenta e cinco por cento) divididos igualmente entre si.

6.2.4 Descendentes exclusivos

Na ocorrência de descendentes exclusivos do *de cujus*, o cônjuge não terá direito à quarta parte, a divisão será feita em partes iguais, por cabeça.

O artigo em comento causa polêmicas na doutrina por não disciplinar a possibilidade de concomitância entre descendentes comuns e exclusivos. A doutrina vislumbra três soluções: considerar todos os descendentes comuns e manter a quarta parte do cônjuge; considerar todos os descendentes exclusivos, afastando a garantia da quarta parte; e considerar todos os descendentes exclusivos, calculando-se a quota dos exclusivos para depois retirar do que sobrar os 25% (vinte e cinco por cento) do cônjuge e só então, dividir o resto entre os descendentes comuns.

Cahali (2003, p. 216) defende a primeira solução, fundamentando que:

Pela redação literal do artigo, não se exige que todos os descendentes sejam comuns para que haja o resguardo da quarta parte da herança ao cônjuge, bastaria um comum em face de um ou mais exclusivos.

Antonini (2007, p. 2000) entende acerca dessa primeira solução que os descendentes comuns perdem uma parte da herança em favor de seu ascendente comum e os exclusivos perderiam para terceiro em face de quem não tem potencialidade sucessória.

Em tese, os descendentes comuns poderão recuperar a diferença quando da morte do cônjuge sobrevivente, porém, a mesma possibilidade inexistente para os exclusivos, sendo, portanto, injustificável que estes tenham suas quotas reduzidas para beneficiar o cônjuge sobrevivente.

Para o autor supracitado, a solução mais adequada é a segunda, ou seja, considerar todos os filhos comuns como exclusivos, o que permite maior segurança jurídica e resguarda a igualdade dos quinhões entre filhos comuns e exclusivos.

Diniz (2002, p. 121) entende que esta é a proposta mais acertada e mais justa, dentro de uma interpretação consoante com os preceitos constitucionais de igualdade entre os filhos.

Para Delgado (2005, p.438) a intenção do legislador foi beneficiar o cônjuge, mas sem prejudicar tanto os filhos.

Pereira (2004, p. 119) afirma ser esta “uma regra excepcional, que deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao cônjuge a reserva da quarta parte da herança apenas quando todos os descendentes com quem irá concorrer forem seus descendentes também”.

Veloso (2004, p.531) refuta este entendimento alegando que:

este tratamento dado aos filhos, considerando-os todos como exclusivos, prejudica o quinhão do cônjuge, que teria sua parte na herança reduzida, e, este não foi de modo algum o espírito do legislador, impedindo que a intenção de proteção do cônjuge na sua viuvez, fosse garantida, e mais, no momento em que a não há a reserva da quarta parte ao cônjuge, fere-se a *mens legis*.

A terceira solução tem uma limitação de ordem matemática, visto que, dependendo do número de filhos exclusivos, não sobra, na parte dos comuns, um quarto da herança para compor a quarta parte do cônjuge.

6.2.5 Descendência híbrida

Em um enfoque constitucional, a ausência da Lei para os casos tidos como híbridos, ou seja, a concorrência do cônjuge supérstite com os filhos comuns e, cumulativamente, com os filhos exclusivos do autor da herança, o cônjuge sobrevivente também deverá receber a quarta parte dos bens deixados pelo autor da herança, tendo em vista o pressuposto da igualdade estabelecida pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e Adolescente, que garante aos filhos qualquer tipo de discriminação que possa haver entre eles.

Percebe-se, portanto, que, em havendo concorrência híbrida, surge uma lacuna legal nas regras de sucessão, em face da omissão do legislador do Código Civil de 2002. Várias críticas foram feitas pela doutrina, conforme se observa da seguinte afirmação de Hironaka (2003):

Tudo isso porque – infelizmente, e mais uma vez – não previu, o legislador, a tormentosa hipótese de serem herdeiros do falecido pessoas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivente, em concorrência com outras que fossem parentes apenas dele, autor da herança.

Venosa (2005, p.145) entende ser lamentável esta situação omissiva do legislador, visto que, nos dias atuais, é muito comum pessoas casarem mais de uma vez, e destes casamentos resultarem diversos filhos. A indignação do autor é tamanha que chega, inclusive, a afirmar que “essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável”.

Nas palavras de Hironaka (2007, p. 239):

para evitar uma profusão de *inadequadas soluções* jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as *hipóteses híbridas* (como as tenho chamado) evitando o dissabor de *soluções e/ou interpretações* que corresse exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermeneuta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o *espírito* da norma.

Portanto, imprescindível é que se promova uma reforma legislativa à luz dos princípios constitucionais que norteiam os direitos e garantias fundamentais, buscando encontrar o sentido harmônico da norma dentro da intenção do legislador.

6.3 CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTES

Não havendo descendentes em nenhum grau, os ascendentes herdam em segundo lugar em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Essa classe é composta por pai, avós, bisavós etc. do falecido, decorrente do parentesco em linha reta, que tem caráter infinito. Os mais próximos preferem os mais remotos. Os herdeiros são divididos em linha materna e paterna, sendo atribuída a cada uma delas a metade da herança.

Nos termos do art. 1.837, CC se concorrer com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança, mas lhe caberá a metade dela se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. Se não houver nenhum ascendente em primeiro grau, o cônjuge também herdará a metade, cabendo a divisão da outra metade por todos os ascendente sobreviventes que estiverem no mesmo grau (avós, bisavós etc.), respeitada a divisão por linhas determinada pelo art. 1.836, §2º, CC.

6.4 FALTA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES

À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, conforme preceitua o art. 1.838, CC c/c art. 1.829, III, CC, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

O regime de separação de bens no casamento e a existência de cláusula de incomunicabilidade no pacto antenupcial não interferem na ordem de vocação hereditária do consorte sobrevivente.

7 ANÁLISE DO ART. 1.830, CC E A POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRO DO DE CUJUS

Na legislação civil atual, o cônjuge foi levado à situação de herdeiro necessário, e, com isso, além de concorrer diretamente com ascendentes e descendentes, não poderá ser afastado da sucessão hereditária por testamento válido do de cujus e, na

ausência de descendentes e ascendentes, herdará universal e integralmente a herança do ex-cônjuge não concorrendo com colaterais.

Em contrapartida, o companheiro não foi contemplado com a mesma sorte, pois o legislador não o tratou da mesma forma que o cônjuge, mesmo após o reconhecimento, pela Constituição Federal de 1988, da união estável como entidade familiar. Ao companheiro foi concedida a possibilidade de concorrer com descendentes e com ascendentes e, diferentemente do que ocorreu com o cônjuge, não teve direito à precedência em relação aos colaterais.

De acordo com Dias (2008, p. 27), o companheiro foi inserido em último lugar na ordem de vocação hereditária, junto com os parentes colaterais, enquanto que o cônjuge, além de figurar em terceiro lugar, foi elevado à categoria de herdeiro necessário. Tal situação, ainda na visão de Dias (2008, p. 27), “trata-se de uma escancarada inconstitucionalidade”, devido ao tratamento assimétrico dado ao cônjuge em relação ao companheiro.

Esperava-se do Código Civil de 2002, uma evolução no direito sucessório, o que de fato ocorreu, entretanto, apenas para o cônjuge sobrevivente, ficando companheiro, mais uma vez, preterido e colocado em posição de inferioridade.

Tal afirmação se extrai da simples análise do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 que, diga-se de passagem, é o único dispositivo neste diploma legal a tratar da sucessão do companheiro, há também o fato de haver sido inserido inadequadamente entre as disposições gerais e não na ordem de vocação hereditária.

Com o advento Código Civil de 2002 o legislador estabeleceu alguns requisitos para a sucessão do cônjuge sobrevivente. Dentre esses requisitos, assegurou, em seu art. 1.830, o direito sucessório do cônjuge mesmo se já separado de fato, por mais de dois anos, se provado que a ruptura deu-se sem culpa do sobrevivente.

Quando o legislador assim dispôs, trouxe um problema para os casos práticos, uma vez que permite que a união estável se constitua, ainda que um dos companheiros ou ambos sejam separados apenas de fato. Não seria difícil ocorrer situação em que tanto teria direito à sucessão o cônjuge que estivesse separado de fato do *de cuius* como o seu novo companheiro, configurando assim a concorrência entre cônjuge e convivente sobre a mesma herança. Tal situação é possível de ocorrer e vem prevista no art. 1.723, §1º, segunda parte, CC, *in verbis*:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

O primeiro erro do legislador foi ter fixado o prazo de dois anos para que só então a separação tivesse o efeito jurídico de excluir o direito sucessório do sobrevivente.

O segundo erro foi ter colocado o elemento culpa caracterizando um requisito para que o ex-cônjuge tenha direito sobre a sucessão legítima.

O Código Civil de 2002 trouxe o tema da culpa para dentro do direito sucessório, o que foi um retrocesso. A discussão da culpa em juízo pode estender-se por anos a fio, criando um grande prejuízo ao companheiro que vivia com o autor da herança ao tempo de seu falecimento. Nesse caso, o companheiro não recebe, tão cedo, o seu quinhão, e, além disso, caso o ex-cônjuge comprove a sua tese, terá que dividir com o companheiro não só os bens que o *de cujus* possuía na constância do casamento, como também os bens que tenha adquirido no curso da união estável. Vale lembrar que não existe regra que disponha sobre a divisão dos bens entre o ex-cônjuge e o companheiro. Cabe à doutrina e à jurisprudência encontrar soluções para tal controvérsia.

Quando se pretendia sepultar de uma vez por todas a culpa como critério para a solução dos litígios familiares, voltou o codificador a introduzi-la agora, como peso para o estabelecimento ou não do direito à sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos.

Sobre esse tema, discorre Tucci (2005):

[...] a ideia de inocência ou culpa imiscuída com direito à herança, constitui excrescência injustificável.

A preocupação do legislador era, por certo, que o direito à herança do cônjuge inocente se frustrasse logo após o abandono do lar pelo cônjuge pré-morto. Mas a solução articulada deixa muito a desejar. O prazo do art. 1.830 deveria ser substancialmente reduzido, e a segunda parte daquele dispositivo (a partir de “salvo prova, neste caso”), deveria ser inteiramente revogada.

Assim, fica claro que ao tirar o direito do convivente à sucessão, comete-se uma grave injustiça contra quem esteve com o *de cujus* até a hora de sua morte. Portanto, não se pode proteger em demasia o cônjuge desamparado o convivente, pois assim como a sociedade, a relação entre as pessoas também evolui, ensejando, assim,

que o regramento jurídico se adeque às novas realidades sociais, mudando, inclusive, a forma como os operadores do direito interpretam essa evolução.

8 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

O direito real de habitação é o direito que tem o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens de seu casamento, de permanecer residindo na morada do casal após o falecimento de seu consorte, desde que aquele imóvel, que era usado para moradia, seja o único bem de natureza residencial a ser inventariado, não havendo limitações temporais ao exercício do direito aqui assegurado, de tal forma que o cônjuge sobrevivente o detém de maneira vitalícia para alguns autores e para outros, um direito perpétuo, como será demonstrado a seguir.

Versa o art. 1831, CC:

Art. 1831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

No Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente, além de figurar na terceira classe da ordem de vocação hereditária, tinha a proteção complementar do usufruto viual e do direito real de habitação. Este último era assegurado ao cônjuge casado pela comunhão universal de bens, em caráter vitalício e enquanto permanecesse viúvo, tendo por objeto o imóvel residencial da família, desde que o único dessa natureza. O usufruto viual era conferido aos cônjuges casados por outros regimes de bens que não o da comunhão universal, correspondendo ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo *de cuius*, se houvesse filhos, e metade, no caso de herdeiros ascendentes.

O atual Código Civil manteve o direito real de habitação no art. 1.831, estendendo-o a todos os regimes de bens, porém, deixou de repetir a expressão “enquanto viver e permanecer viúvo”. Por óbvio, tal direito só permanecerá enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com a sua morte. Porém, só cabe falar em

direito real de habitação se o falecido tinha descendentes ou ascendentes. Caso contrário, o cônjuge recebe a totalidade da herança, na qualidade de herdeiro.

No Código Civil de 1916, embora o direito real de habitação fosse vitalício, só vigorava enquanto o cônjuge sobrevivente permanecesse viúvo ou não constituísse nova união. No Código Civil atual, o direito permanece ainda que o viúvo venha se casar novamente ou passe a viver em união estável.

Veloso (*apud* Carvalho Neto, 2007, p.146) observa que:

Não parece justo que ainda continue exercendo o direito real de habitação sobre o imóvel em que residia com o falecido, se veio a fundar nova família, mormente se o dito bem era o único daquela natureza existente no espólio. O interesse dos parentes do *de cuius* deve, também, ser observado.

Sobre o tema, ressalta Dantas Júnior (*apud* Carvalho Neto, 2007, p.147) que:

Só haverá direito real de habitação se houver ascendentes ou descendentes, pois, inexistindo tais herdeiros, o cônjuge sobrevivente recolherá toda a herança, ou seja, será o proprietário, além dos outros bens que a compõem, do imóvel que servia de residência para o casal, e é evidente que não se pode falar em direito real de habitação sobre coisa própria, eis que tal direito, por definição, incide sobre coisa alheia.

Em sentido contrário, afirma Daneluzzi (2004, p.200), que “é imprescindível a permanência da viuvez para o exercício do direito real de habitação dado o caráter alimentar que está em seu conteúdo”.

Segundo a autora, esse pensamento se coaduna com o espírito do próprio Código, que alçou o cônjuge sobrevivente à categoria de herdeiro necessário e privilegiado e não teria sentido beneficiá-lo com o direito real de habitação independentemente da viuvez, em razão da essência desse direito real, que é garantir a moradia ao viúvo.

Diz a parte final do art. 1.831, CC que o viúvo tem direito de continuar na posse do bem que servia de residência à família, desde que seja o único imóvel com essa destinação. Conforme disposição do art. 71, CC é assegurada a possibilidade de uma pessoa ter mais de uma residência, sendo considerada qualquer uma delas seu domicílio. Portanto, segundo Dias (2008, p. 59) “a limitação é descabida. Não há como excluir o direito pelo só fato de o casal possuir mais de uma residência”. O duplo domicílio não pode excluir o direito real de habitação, porém não há como assegurar o

direito de habitação sobre ambos os imóveis, o cônjuge sobrevivente terá que optar por um deles.

Sobre o tema, em sentido contrário, Almeida (2003, p. 219-20) observa que:

A parte final do artigo não pode ser aplicada literalmente. Estabelece que haverá o direito real de habitação no imóvel residencial se for o único dessa natureza a inventariar. A limitação ao único imóvel a inventariar é resquício do código anterior, em que o direito real de habitação era conferido exclusivamente ao casado pela comunhão universal. Casado por esse regime, o viúvo tem meação sobre todos os bens. Havendo mais de um imóvel, é praticamente certo que ficará com um deles, em pagamento de sua meação, o que lhe assegura uma moradia. Nessa hipótese, não tem necessidade do direito real de habitação.

Ainda segundo Almeida (2003, p. 219-20), “o viúvo, na hipótese de vários imóveis, não poderá escolher sobre qual pretende fazer recair o direito real, embora possa exigir um que seja de conforto similar àquele em que morava”.

Uma observação que merece ser apontada é que o direito de habitação só existe sobre bem que pertence ao *de cuius*. Não é possível assegurar a permanência do sobrevivente se o casal residia em imóvel de outrem.

Outro ponto relevante é o fato de que se o viúvo vier a se casar novamente, pode continuar ocupando o imóvel que servia de moradia ao casal, porém, se vier a falecer, o direito de habitação se extingue, não se estende ao seu cônjuge, que não terá o direito de continuar no bem.

Em relação ao usufruto vidual, este já não mais é tratado no Código Civil de 2002, se compensa com a inclusão do cônjuge supérstite na ordem de vocação hereditária.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi abordado neste trabalho, não resta dúvidas da importância do direito sucessório do cônjuge para o ordenamento jurídico pátrio. Apesar das inovações apresentadas pelo legislador do Código Civil de 2002, no tocante à sucessão do cônjuge, muitas dúvidas foram criadas com a inclusão de alguns dispositivos e

também pela má técnica legislativa utilizada, ocasionado uma grande insegurança jurídica na aplicação destas normas.

Ao estabelecer a concorrência do cônjuge com os ascendentes, o legislador foi claro, de forma que parece pacífica a matéria. Todavia, não foi feliz ao tratar do direito sucessório do cônjuge em concorrência com os descendentes de seu consorte, porque fez depender tal direito do regime matrimonial de bens pelo qual eram casados, e pela má redação do art. 1.829, inciso I, do CC.

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

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

As divergências doutrinárias aqui abordadas, além da má redação do art. 1.829, I, CC, englobaram também a que trata da concorrência na separação convencional, já que tal regime não foi elencado entre as exceções do art. 1.829, I, CC, sendo, portanto, entendido como regra.

Outra divergência que vem suscitando discussões diz respeito à concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes híbridos do falecido, já que se abriu uma lacuna jurídica nas regras que tratam do tema, pois o legislador foi omissivo ao não regular essa hipótese de concorrência. Também foi tratado o tema do direito real de habitação e chegou-se à conclusão de que para alguns doutrinadores, tal direito é vitalício e para outros, é perpétuo, mas todos são unânimes ao afirmar que ele existe e que sem dúvida alguma, foi uma das grandes inovações do Código Civil de 2002.

O presente trabalho tratou de abordar alguns dos temas mais relevantes no que diz respeito à sucessão do cônjuge, porém, longe de se esgotar o assunto que exige muita pesquisa para se chegar a um resultado satisfatório que iniba quaisquer dúvidas.

É certo que alguns ajustes ainda são necessários, inclusive pela possibilidade de interpretações diferentes sobre um mesmo tema, sendo certo que, enquanto a lei não for alterada para clarear o seu sentido, é o princípio da proteção à família que deve nortear o aplicador da lei, pois, sem dúvida, é ele que possibilita ao direito sucessório as soluções mais adequadas.

Contudo, espera-se que as várias controvérsias acerca da sucessão do cônjuge apresentadas neste trabalho sejam resolvidas de forma a viabilizar a interpretação da norma, para que já não haja dúvidas a esse respeito e assim, por conseguinte, trazendo um menor prejuízo às partes envolvidas.

ABSTRACT

The 2002 Civil Code brought great modifications to the Brazilian law and the most important one is the surviving spouse rights subject, which suffered a substantial evolution since its origin until now

It is a polemic subject, which comes along with a lot of doctrinal divergences, and for this reason, it's known to be needed a deeper study about the subject.

Nowadays, the surviving spouse is ranked third in the heredity order, at heir apparent category and, for this reason, can no longer be deprived of legitimacy by mere will of his/her consort.

At least, half the collection of inheritance, consisting of the inheritance unavailable part, will cover the surviving spouse rights, either being convened by him/herself as the third class heirs representative, or because they will compete with other members of previous heirs classes (ascendants or descendants).

In order to demonstrate how the spouse succession mechanism works, it will be made an analysis of the order that is established for those who are called to take on their portions of the property left by the deceased spouse, also trying to show the different kinds of property regimes and peculiarities of each one in relation to the competition issue, because its existence depends on the system adopted in marriage.

Next, it will be considered the real right of housing and the difficult situation of competition between the deceased spouse and partner and then, doctrinal understandings about the issues involved will be pointed out.

Key words: Surviving spouse; Heir apparent, Competition, Heritage; Property system.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado**. São Paulo, atlas, 2003, v. XVIII.

ANTONINI, Mauro; PELUSO, César (coord.) in: **Código Civil Comentado- doutrina e jurisprudência**. Barueri: Manole, 2007. 3.ed.

CAHALI, Francisco José. ; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5.ed. rev., atual. e ampl.:São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Francisco José. **Introdução ao Direito das Sucessões**. In CAMBIER, E. (Coord). **Curso Avançado de Direito Civil**. 2.ed. rev., atual.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v.6.

CARVALHO NETO, Inácio de; FUGIE, Erika Harumi. **Novo Código Civil Comparado e Comentado**: Curitiba: Juruá, 2002, v. VII, Comentários ao art. 1961.

_____. **A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo código Civil**. São Paulo: Método. 2007.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos polêmicos na Sucessão do cônjuge Sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: São Paulo: Letras Jurídicas: 2004.

DELGADO, Mário Luiz. **Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente: uma proposta de harmonização do sistema**. In: DELGADO Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões controvertidas no direito de família e das sucessões*. São Paulo: Método, 2005. 3 v.

_____. **Manual das Sucessões**. 3.ed.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5.ed. rev., atual. e ampl.:São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 6 v.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). **Comentários ao Código Civil. Parte Especial: Do Direito das Sucessões. Da Sucessão em Geral; da Sucessão Legítima (arts.1.784 a 1.856).** 2.ed. rev.: São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

_____, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.) **Direito Civil. Direito das Sucessões:** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.8.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 3.ed. rev., ampl., atual.: Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2009

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito das Sucessões no Novo Código Civil Brasileiro.** 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. **O cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões. Modificações trazidas pelo Código Civil de 2002.** São Paulo. Juarez de Oliveira, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 6 v.

REALE, Miguel. **O Cônjuge no novo Código Civil.** Jornal O Estado de São Paulo, ed. 12-04-2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** Rio de Janeiro, Forense, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** 25.ed.: São Paulo: Saraiva, 2002. V.7.

SEBASTIÃO, Jurandir. Casamento, Regime de Bens, Partilha em vida e no Direito Sucessório. **Revista Jurídica UNIJUS,** Uberaba, v.9. n.10. p. 13-44, maio/2006.

TAQUINI, Carlos H.Vidal. **Régimen de Bienes en el Matrimonio.** 3.ed.: Buenos Aires: Astrea, 1990.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Sucessão legítima do cônjuge e herança do companheiro. Belo Horizonte. 25 out. 2005. Disponível em: http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Cibele_Pinheiro_Marcal_Tucci/Sucessao.pdf. Acesso em 08 out. 2011.

VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

_____. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3.ed.: São Paulo: Atlas, 2003. v.7.

_____ **Direito civil: direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 7 v.