



# PUC

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

---

## **A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE E OS DESCENDENTES**

**por**

**ANTONIO CARLOS MOREIRA LEMA**

**ORIENTADORA: SAMANTHA PELAJO**

**2005.1**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

# **A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE E OS DESCENDENTES**

**por**

**ANTONIO CARLOS MOREIRA LEMA**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de  
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Samantha Pelajo

**2005.1**

## RESUMO

O cerne desta dissertação monográfica reside no estudo da partilha de bens na concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite e os descendentes do autor da herança (artigo 1.832 do Código Civil de 2002). O cônjuge sobrevivente faz jus a uma reserva da quarta parte da herança, ao concorrer com descendentes que sejam comuns aos consortes. Em caso de serem chamados simultaneamente à sucessão o cônjuge, descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cujus*, a lei não prevê expressamente uma solução para a divisão da herança. O propósito deste trabalho consiste em apresentar os novos direitos sucessórios do cônjuge e examinar as soluções aduzidas pela melhor doutrina para a partilha de bens no caso especial de concorrência com prole híbrida do falecido. Em seguida, sugere-se uma possível solução matemática conciliatória, com respaldo na doutrina previamente estudada, que seja capaz de compatibilizar e harmonizar os interesses conflitantes de todos os herdeiros envolvidos, preservando a incidência da reserva em favor do cônjuge ao mesmo tempo em que reste atendida a imposição de isonomia constitucional entre os descendentes, para a universalidade de casos possíveis.

# SUMÁRIO

|                                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introdução .....                                                                    | 2  |
| Capítulo 1. O Novo <i>Status</i> do Cônjuge na Sucessão                             |    |
| 1.1. A Sucessão Legítima e a Ordem de Vocação Hereditária ..                        | 5  |
| 1.2. Origem e Evolução Históricas .....                                             | 7  |
| 1.3. A Hodierna Concepção de Família .....                                          | 8  |
| Capítulo 2. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge                                      |    |
| 2.1. A Nova Ordem de Vocação Hereditária .....                                      | 13 |
| 2.2. A Concorrência entre o Cônjuge e os Descendentes .....                         | 15 |
| 2.3. A Vocação das Demais Classes Hereditárias .....                                | 23 |
| 2.4. A Legitimação Sucessória do Cônjuge .....                                      | 25 |
| 2.5. Outros Direitos Sucessórios do Cônjuge .....                                   | 31 |
| 2.6. A Eventual Concorrência entre o Cônjuge e o<br>Companheiro .....               | 34 |
| Capítulo 3. A Partilha na Sucessão Concorrente entre o Cônjuge e os<br>Descendentes |    |
| 3.1. A Previsão do Artigo 1.832 do Código Civil de 2002 .....                       | 39 |
| 3.2. A Reserva da Quarta Parte em Favor do Cônjuge .....                            | 42 |
| 3.3. A Hipótese de Prole Híbrida do Autor da Herança .....                          | 47 |
| 3.4. O Princípio Constitucional da Proporcionalidade .....                          | 51 |
| 3.5. Uma Sugestão de Solução Matemática .....                                       | 55 |
| 3.6. A Eventual Partilha entre o Cônjuge e o Companheiro ....                       | 62 |
| Conclusões .....                                                                    | 67 |
| Bibliografia .....                                                                  | 74 |

## Introdução

As transformações operadas no curso do século XX sobre os valores culturais, econômicos, políticos e sociais da sociedade moderna ocidental<sup>1</sup> não deixaram de se refletir sobre a tradicional concepção de *família* — família-instituição, que experimentou as mutações e os anseios sociais decorrentes dos novos tempos: a mulher casada passou a ter plena capacidade, os cônjuges obtiveram os mesmos direitos e deveres dentro da sociedade conjugal, a discriminação entre filhos foi vedada e o divórcio tornou-se juridicamente possível.<sup>2</sup>

A Constituição da República de 1988 consagrou em seu texto, ainda, valores e princípios fundamentais como os da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre sexos, da especial proteção aos membros da família e do pluralismo dos modelos familiares.<sup>3</sup> A *família*, em sua hodierna concepção, passa a servir de instrumento para assegurar a felicidade pessoal de cada um de seus componentes (art. 226, § 8º, da CRFB/88), o que confere especial relevo ao elemento afetivo nas relações familiares: “assim, não se pode mais relegar o vínculo conjugal ao segundo plano”.<sup>4</sup>

Naturalmente, tal concepção instrumental de família irradia-se também para a seara sucessória.<sup>5</sup> Dado o novo paradigma social, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.829, inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever a concorrência sucessória, em propriedade plena, entre o cônjuge supérstite e os descendentes ou os ascendentes do autor da herança. Somando-se a isso, o novo Código alçou o cônjuge à mesma condição de herdeiro necessário

---

<sup>1</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 115.

<sup>2</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 68.

<sup>3</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 115.

<sup>4</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 74.

<sup>5</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 70, 72.

que a ostentada pelos herdeiros com quem venha concorrer na sucessão do falecido (art. 1.845 do CC).

Não obstante o avanço de seu *status* na sucessão, “nem todo cônjuge que sobrevive ao morto é considerado seu herdeiro”,<sup>6</sup> eis que sua vocação para suceder dependerá de certos requisitos a serem considerados no momento da abertura da sucessão. Por outro lado, seus direitos sucessórios podem não incidir, necessariamente, sobre a totalidade da herança do *de cuius*, ainda que este tenha falecido *ab intestato*.

De todo modo, na hipótese específica de concorrência com os descendentes, o cônjuge sobrevivente, uma vez herdeiro, receberá seu quinhão na herança segundo as regras de partilha estabelecidas no artigo 1.832 do Código Civil. Neste caso, o cônjuge fará jus à reserva mínima de um quarto do acervo, quando concorrer com descendentes que sejam comuns aos consortes. Contudo, na hipótese de serem chamados simultaneamente à sucessão o cônjuge, descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cuius*, a lei não dá solução expressa sobre como se deve proceder à divisão da herança.

As técnicas tradicionais de subsunção do caso concreto à norma aplicável — através dos métodos clássicos de interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica — podem levar a conclusões diversas sobre os mesmos fatos. Com efeito, neste caso especial de concorrência com *prole híbrida* do falecido, a doutrina se divide quanto à melhor solução para a partilha dos bens da herança, ora concedendo ao cônjuge a garantia à reserva mínima, ora negando-lhe este direito.<sup>7</sup>

Para ARNALDO RIZZARDO, a razão da lei assenta-se “na garantia de certa porção ao cônjuge que teve filhos com o falecido”.<sup>8</sup> Tendo em vista que a melhor solução possível deveria preservar a *ratio legis* em todos os casos,

---

<sup>6</sup> NERY JR., Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 803.

<sup>7</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 163.

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 179.

indistintamente, faz-se mister uma *solução universal* que seja capaz de compatibilizar e harmonizar os interesses conflitantes de todos os herdeiros envolvidos. Lembrando-se que o direito de herança está constitucionalmente garantido, como cláusula pétrea, no art. 5º, XXX, da CRFB/88, o *princípio constitucional da proporcionalidade* pode funcionar como instrumento da justa medida de aplicação do artigo 1.832 do novo Código Civil.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 386.

# Capítulo 1

## O NOVO STATUS DO CÔNJUGE NA SUCESSÃO

### 1.1 A Sucessão Legítima e a Ordem de Vocação Hereditária

GUILHERME

CALMON NOGUEIRA DA GAMA define a sucessão legítima (ou sucessão legal) como “a espécie de sucessão que resulta exclusivamente da lei, sem qualquer influência da vontade do autor da sucessão”,<sup>10</sup> contrapondo-a à sucessão testamentária, decorrente de disposição de última vontade do autor da herança. Contudo, ainda que exista testamento, a sucessão legítima não ficará excluída se houver herdeiros legítimos necessários ou se as disposições testamentárias não abrangerem toda a porção disponível do patrimônio (art. 1.966 do CC). Caberá, ainda, a sucessão legal em caso de ineficácia (em sentido estrito) do testamento — por revogação, caducidade ou rompimento — ou se o testamento for invalidado por nulidade ou anulabilidade (art. 1.788 do CC).<sup>11</sup>

Por seu lado, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA acrescenta outras hipóteses de aplicação da sucessão legítima, como quando os herdeiros e legatários indicados no ato de disposição de última vontade renunciarem à herança ou ao legado.<sup>12</sup>

De todo modo, ao contrário do que ocorria no antigo direito romano, é possível a coexistência em nosso ordenamento das duas espécies de sucessão, legítima e testamentária, sendo esta última limitada à parte disponível da herança — ou seja, à sua metade — em havendo herdeiros necessários (art. 1.789 do

---

<sup>10</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 117, onde cita Carvalho SANTOS.

<sup>11</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 117.

<sup>12</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 198.

CC).<sup>13</sup> Neste caso, o testador não poderá dispor de mais da metade de seus bens, sob pena de redução das disposições testamentárias (arts. 1.967 e 1.968 do CC).<sup>14</sup>

A herança do *de cuius*, todavia, não se confunde com a meação do cônjuge — ou companheiro, conforme o caso. A sociedade conjugal pode importar — ou não — em comunhão de bens, de acordo com o regime patrimonial avençado pelo casal ou determinado supletivamente pela lei.<sup>15</sup> Visto que a morte de um dos consortes põe termo à sociedade (art. 1.571, I, do CC), o eventual patrimônio comum será dividido, sendo que a meação do falecido integrará a sua herança, ao contrário da meação do sobrevivente. O direito à meação é, pois, um efeito do regime de bens, e não um resultado da sucessão dos bens do falecido.<sup>16</sup> Por isso, a meação do sobrevivente não integra o monte hereditário a ser partilhado pelos herdeiros — dentre eles, em certos casos, o próprio cônjuge ou companheiro sobrevivente — embora tal meação se individualize nesta partilha.<sup>17</sup>

A sucessão legítima defere-se seguindo a ordem de vocação hereditária prevista em lei (art. 1.829 do CC). As duas regras clássicas que regem o chamamento foram assim descritas por ORLANDO GOMES:

“1ª) uma classe sucessória é a mesma classe de sucessores. Em síntese, “diz-se que a ordem de vocação hereditária é a distribuição dos herdeiros em classes *preferenciais*, conjugando as duas idéias de grau e de ordem”.<sup>19</sup> Assim, v. g., a classe dos colaterais só será chamada à sucessão se não

<sup>13</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 81, 190.

<sup>14</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 157.

<sup>15</sup> Ou pela jurisprudência, como no caso da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF, nº 377, sobre a comunhão dos aquestos no regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do CC).

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 133-134.

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. pp. 108-109.

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. p. 42

<sup>19</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 82.

houver, sucessivamente, descendentes, ascendentes e cônjuge do falecido. Dentro da mesma classe, os herdeiros de grau mais próximo do falecido excluem os mais remotos, com a ressalva do direito de representação, quando cabível.<sup>20</sup> Com as inovações trazidas pelo novo Código Civil, o cônjuge possui lugar especial na ordem de chamamento, como será abordado mais adiante.

## 1.2 Origem e Evolução Históricas

A origem da vocação hereditária remonta ao antigo direito romano e, embora não remanesça com as características originais, sua organização estrutural manteve-se preservada em diversos aspectos, v. g., na preferência dos filhos do *de cujus* na ordem de chamamento de seus sucessores.<sup>21</sup>

Foi nessa fase que se estabeleceu, após paulatinas alterações, um princípio que nortearia todo o direito sucessório ocidental moderno: a herança é deferida primeiramente aos parentes consangüíneos, membros de um tronco genealógico comum, e, num segundo momento, ao cônjuge sobrevivente, pessoa vinculada pelo laço de afinidade decorrente do matrimônio.<sup>22</sup> Esta ordem já se encontra alterada em vários ordenamentos contemporâneos, os quais incluem também o parentesco civil, resultante da adoção — e equiparado ao parentesco natural — e o companheirismo, decorrente da união estável. Mas é sempre dentro da família que se esgota a ordem de vocação sucessória.<sup>23</sup>

No Brasil, o direito sucessório foi regulado primitivamente pelo Código Filipino, em que o cônjuge sobrevivente ocupava a quarta classe na ordem vocatória, após os parentes colaterais até o 10º grau de consangüinidade do falecido.

---

<sup>20</sup> V. artigos 1.833, 1.840 e 1.853 do Código Civil.

<sup>21</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil.*, p. 211.

<sup>22</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil.* p. 212.

<sup>23</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil.* p. 212.

Esta ordem vigorou até o advento da Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907 — Lei Feliciano Pena, que passou o cônjuge supérstite para a terceira classe, até então ocupada pelos colaterais, reduzindo também a sucessão destes até o 6º grau.

O Código Civil de 1916 confirmou as mudanças citadas da lei anterior, mas inovou ao aumentar a quota disponível da terça parte para a metade dos bens da herança, dentre outras novidades: “a conversão da legítima em outras espécies diferentes das deixadas pelo *de cujus*; a incomunicabilidade da legítima; a inalienabilidade temporária ou vitalícia da legítima de qualquer herdeiro necessário”.<sup>24</sup> Atualmente, estas possibilidades estão fortemente mitigadas ou proibidas (art. 1.848 do CC).

No decorrer do século passado — ainda sob a égide do diploma de 1916 — e numa evidente evolução de proteção, diversas alterações legislativas pontuais tentaram favorecer o cônjuge supérstite na sucessão, ainda que de forma limitada,<sup>25</sup> sem se falar no reconhecimento da capacidade sucessória do companheiro.<sup>26</sup>

Finalmente, a concretização da proposta do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 altera substancialmente a tradição secular consagrada pelo código de Clovis Bevilacqua,<sup>27,28</sup> como se verá no decorrer deste trabalho.

### 1.3 A Hodierna Concepção de Família

Uma grande inovação trazida ao campo das sucessões pelo advento do novo Código

---

<sup>24</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 213.

<sup>25</sup> Tais como: art. 17 do Decreto-lei nº 3.200/41 (alterado pelo Decreto-lei nº 5.187/43); art. 10, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (alterado pela Lei nº 9.047/95), hoje assente no art. 5º, XXXI, da CRFB de 1988; art. 3º da Lei nº 883/49; Lei nº 4.121/62, ao alterar o art. 1.611 do CC de 1916; art. 4º da Lei nº 6.194/74; Lei nº 6.858/80 (quando o cônjuge fosse dependente habilitado perante a Previdência Social). Algumas destas disposições não foram recepcionadas pela CRFB/88 ou estão atualmente revogadas.

<sup>26</sup> Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96.

<sup>27</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 214.

<sup>28</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 178.

Civil foi a elevação do cônjuge à condição de herdeiro legítimo necessário, juntamente com os descendentes e os ascendentes (art. 1.845 do CC).

No Código Civil de 1916, o cônjuge não era herdeiro concorrente e nem necessário, mesmo se casado sob regime diverso da comunhão universal de bens — regime legal ou supletivo que perdurou até a Lei nº 6.515/77. Posteriormente, o Estatuto da Mulher Casada<sup>29</sup> atribuiu ao cônjuge supérstite o usufruto vidual ou o direito real de habitação — conforme o regime de bens — caso houvesse herdeiros descendentes ou ascendentes, mas não o direito de propriedade plena sobre os bens. Dessa forma, impedia-se a possibilidade de transmissão do patrimônio do falecido para outra família, formada na hipótese de novas núpcias do cônjuge.<sup>30</sup>

Assim, na visão de ANA LUIZA MAIA NEVARES:

“Perceb e-se, portanto, a desvalorização do elemento econômico e político e social, a família — família-instituição, tal como tradicionalmente concebida, não escaparia de experimentar os inevitáveis reflexos das mutações e anseios sociais decorrentes dos novos tempos: “a mulher casada passou a ser plenamente capaz, consagrou-se a igualdade entre os cônjuges no exercício dos direitos e deveres concernentes à sociedade conjugal, vedou-se a discriminação dos filhos e o matrimônio tornou-se dissolúvel”<sup>31</sup>.

Contudo, em virtude das transformações operadas no curso do século XX sobre os valores culturais, econômicos, políticos e sociais,<sup>32</sup> a família — família-instituição, tal como tradicionalmente concebida, não escaparia de experimentar os inevitáveis reflexos das mutações e anseios sociais decorrentes dos novos tempos: “a mulher casada passou a ser plenamente capaz, consagrou-se a igualdade entre os cônjuges no exercício dos direitos e deveres concernentes à sociedade conjugal, vedou-se a discriminação dos filhos e o matrimônio tornou-se dissolúvel”<sup>33</sup>.

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, por sua vez, comenta que:

<sup>29</sup> Lei nº 4.121/62, ao introduzir os §§ 1º e 2º do art. 1.611 do CC de 1916.

<sup>30</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 67, 73-74, 160.

<sup>31</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 67.

<sup>32</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 115.

<sup>33</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 68.

“[...] a Constituição Federal de 1988 provocou vital remodelação dos vínculos da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), altera, enfim, a concepção jurídica de família ao assegurar sua assistência na pessoa de cada um dos componentes que integram a entidade familiar (art. 226, § 8º), que passou a ser protegida na medida em que promove o desenvolvimento da personalidade de seus membros.<sup>35</sup> Dessa forma, passa-se a reconhecer também como entidades familiares a união estável (art. 226, § 5º) e a família monoparental (art. 226, § 4º), numa moderna concepção pluralista de família.<sup>36</sup>

Nessa perspectiva, ANA LUIZA MAIA NEVARES faz a seguinte colocação:

E prossegue a

ilustre autora, ao abordar as consequências do novo paradigma social:

<sup>34</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Prática Civil – Sucessões*. p. 115.

<sup>35</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 68, 71-72.

<sup>36</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 185-186.

<sup>37</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Prática Civil – Sucessões*. p. 116.

<sup>38</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 68.

“A partir da concepção instrumental de família, Naturalmente, tal concepção instrumental de família irradia-se também para o Direito das Sucessões e, por conseguinte, O fenômeno sucessório deverá ser regulamentado em consonância com os valores constitucionais representados na cláusula geral de tutela da pessoa humana,<sup>40</sup> que informará toda a legislação infraconstitucional. Mas ainda, o direito de herança está constitucionalmente garantido, como cláusula pétrea,<sup>41</sup> no artigo 5º, XXX, da Constituição de 1988. Com efeito, a promoção do cônjuge à categoria de herdeiro legítimo e a possibilidade de concorrência com os integrantes das 1ª e 2ª classes de herdeiros legítimos — respectivamente, os descendentes e os ascendentes do cônjuge falecido — valorizam, em sintonia com os postulados constitucionais, a afetividade e a solidariedade material das relações matrimoniais.”<sup>42</sup>

Por seu turno, SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB, *Dir. fam. e sucess.*, justifica a nova condição preferencial do cônjuge ao afirmar que:

<sup>39</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 74.

<sup>40</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 70, 72.

<sup>41</sup> Consoante o disposto no art. 60, § 4º, IV, da CRFB de 1988.

<sup>42</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 116.

<sup>43</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 74.

<sup>44</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 95.

Assim, as principais alterações ocorridas na sucessão legítima devem ser interpretadas como uma evolução, ainda que não definitiva — dada a injustificável situação do companheiro, como se verá — dos institutos do Direito das Sucessões na parte em que este se relaciona com as entidades familiares tuteladas constitucionalmente.<sup>45</sup> De fato, o Código Civil de 2002 trouxe maiores limitações ao poder de testar e conseqüentemente veio contribuir, em certa medida, para “a gradativa derrocada do individualismo exacerbado, da patrimonialidade, do autoritarismo, permitindo a efetivação do solidarismo, da repersonalização, da despatrimonialização nas relações jurídicas do Direito das Sucessões”.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 116.

<sup>46</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 116.

## Capítulo 2

### OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE

#### 2.1 A Nova Ordem de Vocação Hereditária

CLOVIS

BEVILACQUA, em seus comentários sobre o revogado Código Civil de 1916, já observara que o cônjuge deveria integrar as duas primeiras classes de herdeiros legítimos, salvo se, diante do regime de bens do casamento, tivesse direito à metade do patrimônio comum da família. Contudo, em nome da simplicidade da ordem da vocação, houve opção legislativa de incluí-lo apenas na terceira classe.<sup>47</sup>

“O art.  
1.829,  
novo  
CC,  
portanto  
, resgata  
a

ARNALDO

RIZZARDO justifica a opção do legislador partindo da adoção da comunhão parcial como regime legal supletivo de bens, em lugar da comunhão universal, desde a Lei do Divórcio — Lei nº 6.515, de 1977. A partir de então, o cônjuge teria ficado mais sujeito à debilidade econômica, caso não se auferissem aqüestões suficientes durante a vigência do casamento<sup>49</sup> — debilitando, assim, a sua meação. No dizer de MIGUEL REALE, coordenador-geral do Projeto do Novo Código Civil, “seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio e ser objeto de sucessão”.<sup>50</sup> E completa ao concluir que, dada a absoluta equiparação entre os sexos (arts. 226, § 5º, da CRFB/88), a maior beneficiada será a mulher e não o homem.<sup>51,52,53</sup>

<sup>47</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Dir. de Civil – Sucessões*. p. 121.

<sup>48</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Dir. de Civil – Sucessões*. p. 121.

<sup>49</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 178.

<sup>50</sup> REALE, Miguel. *As Diretrizes Fundamentais Do Projeto Do Código Civil*. p. 19.

<sup>51</sup> REALE, Miguel. *As Diretrizes Fundamentais Do Projeto Do Código Civil*. p. 19.

<sup>52</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 216.

Com efeito, assim

dispõe o artigo 1.829 do Código Civil vigente:

“Art.  
1.829.  
A - aos  
descendentes,  
legítimos,  
deficiente  
a capacidade na  
herança do autor,  
se o autor  
deixar  
sobrevivente,  
o cônjuge  
com o qual  
for casado  
no momento  
da abertura  
da sucessão.”

Desde logo, é importante afirmar que, como bem salientam NÉLSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY, “nem todo cônjuge que sobrevive ao morto é considerado seu herdeiro”,<sup>54</sup> eis que a capacidade para suceder do cônjuge herdeiro depende de certos requisitos a serem considerados no momento da abertura da sucessão (art. 1.787 do CC) — ou seja, no momento do óbito do autor da herança. Portanto, antes de se proceder à análise da partilha de bens, mormente no que toca ao cônjuge supérstite, faz-se necessária uma prévia verificação das hipóteses em que ele efetivamente será chamado a herdar. Para NÉLSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY, há três situações que devem ser levadas em consideração:

1. O cônjuge sobrevivente, quando o autor da herança for casado no momento da abertura da sucessão, e o casamento for de regime de bens comuns; 2. O cônjuge sobrevivente, quando o autor da herança for casado no momento da abertura da sucessão, e o casamento for de regime de bens separados; 3. O cônjuge sobrevivente, quando o autor da herança for casado no momento da abertura da sucessão, e o casamento for de regime de bens comuns, e o autor da herança for falecido antes da abertura da sucessão.

SALOMÃO DE ARAÚJO CATELANE conclui que:

Nesse sentido,

<sup>53</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 178.

<sup>54</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 803.

<sup>55</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 803.

“Não há, portanto, uma concorrência entre a herança do cônjuge sobrevivente e a herança dos descendentes.”<sup>56</sup> Primeiramente, será analisada a questão do regime de bens da sociedade conjugal e as respectivas hipóteses de concorrência do cônjuge com os descendentes na sucessão da herança (art. 1.829, I, do CC). Posteriormente, passa-se ao estudo da superação de cada classe de herdeiros na ordem sucessória (art. 1.829, II a IV, do CC) e, em seguida, apontam-se os casos em que o cônjuge sobrevivente não herdará por ausência de legitimação sucessória (art. 1.830 do CC) ou em decorrência das causas de indignidade ou de deserdação. Ao final, será examinada a excepcional hipótese de concorrência entre o cônjuge e o companheiro do falecido.

## 2.2 A Concorrência entre o Cônjuge e os Descendentes

Nesse ponto, faz-se oportuno esmiuçar o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, que traz as hipóteses de sucessão do cônjuge viúvo em concorrência com os descendentes.

Este seria um dos mais polêmicos dispositivos do novo diploma civil no campo das sucessões, embora inspirado em preceito existente no direito português. Entretanto, como em Portugal a vocação do cônjuge não depende do estatuto patrimonial do casal — o que gerou críticas à hipertrofia de direitos sucessórios reconhecidos ao cônjuge — o legislador brasileiro procurou minimizar a ocorrência de situações semelhantes no sistema jurídico pátrio, impondo ressalvas às hipóteses de concorrência com base no regime de bens entre os cônjuges.<sup>57</sup>

Segundo ANA LUIZA MAIA NEVARES, é possível graduar a tutela sucessória do cônjuge vinculando-se seus direitos hereditários, em algumas hipóteses, ao regime de bens do matrimônio. Permite-se, assim, “que o pressuposto de

<sup>56</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 90.

<sup>57</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 145-146.

sua vocação hereditária não esteja assentado simplesmente no seu *status* de cônjuge, mas também na sua condição pessoal dentro daquela comunidade familiar”<sup>58</sup> — como ocorria com o tratamento jurídico do usufruto vidual do art. 1.611, § 1º, do revogado Código de 1916.<sup>59</sup>

obrigatória de bens.<sup>60,61,62</sup> Não obstante, o cônjuge sobrevivente não mais fica excluído da sucessão pela presença de descendentes ou de ascendentes sucessíveis, como outrora; pelo contrário, o cônjuge herdeiro agora passa a concorrer com uns e outros, segundo a ordem preferencial de chamamento. Na concorrência com os descendentes, todavia, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA defende que a exegese do texto leva à conclusão de que não se reconhece a vocação sucessória do cônjuge nas seguintes hipóteses:

<sup>58</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 74.

autor há diferentes razões para a exclusão do cônjuge em cada um dos três casos:

“No primeiro deles, cabendo ao cônjuge sua meação sobre o patrimônio comum, a lei não estabelece a necessidade de realização de inventário de bens do casal, e, portanto, a exclusão do cônjuge não ocorre. Não obstante a celeuma envolvendo a pertinência ou não da constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens — e, por sua vez, a conseqüente exclusão sucessória neste caso<sup>65</sup> — caberia ao cônjuge, diante das exceções acima expostas, concorrer com os descendentes nas seguintes hipóteses:

“(a) a herança de bens do casal, de acordo com o regime de bens adotado, seja de comunhão de bens ou de separação de bens, não se o regime de bens do casal for de comunhão de bens, a herança do casal, para os efeitos sucessórios, deve ser analisado no momento da abertura da sucessão (art. 1.787 do CC/03), ou seja, quando do óbito do autor da herança. Esta questão torna-se crucial ao se observar que o artigo 1.639, §2º, do novo Código Civil,<sup>67</sup> inovou ao trazer a possibilidade de alteração

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 148.

<sup>65</sup> CHELLES, Iagmar Senna. *Direito das Sucessões*. pp. 100-101.

<sup>66</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 148-149.

<sup>67</sup> Art. 1.639, § 2º. É admissível alteração por qualquer de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, com reserva a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

do regime de bens durante a constância do matrimônio, mediante autorização judicial concedida por pedido motivado do casal.<sup>68,69</sup>

Questão mais delicada coloca-se sobre qual interpretação deve prevalecer quanto à participação do cônjuge na herança nos casos de comunhão parcial de bens, sempre que o falecido tenha deixado bens particulares.

De fato, pode-se entender que a quota destinada ao cônjuge deva ser calculada sobre toda a herança *ou*, diversamente, sobre a parcela da herança constituída apenas pelos bens particulares do *de cujus*. Uma vez que o cônjuge seja meeiro do patrimônio comum ao casal, adquirido na constância do casamento, já estaria, assim, economicamente amparado em sua viuvez.<sup>70</sup>

Muitas vezes, a doutrina é omissa ao tratar desse ponto, o que sugeriria a idéia, à primeira vista, de que o cônjuge viúvo herdaria sobre toda a herança, sem restrições, pois ele seria chamado à sucessão indistintamente.<sup>71</sup>

Contudo, essa interpretação do dispositivo em tela levaria a distorções incontornáveis. JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA aborda diretamente a questão:

“Uma interpretação a contrário do senso poderia levar a equívocos. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE corrobora este entendimento, argumentando que:

<sup>68</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 93.

<sup>69</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 220.

<sup>70</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Código Civil*. p. 218.

<sup>71</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. *Sucessão Legítima do Cônjuge ou Companheiro no Novo Código Civil*. p. 114.

<sup>72</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. ed. Atlas, v. XVIII, p. 226.

concorr  
ente.  
Mas,  
como  
não fez

“Nem justo seria que, além da meação *ratio* da lei é não deixar o cônjuge sobrevivente ao desamparo, tampouco poderá enriquecê-lo à custa dos demais herdeiros. Como assevera JOSÉ

LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA:

mesmo autor:

doutrina, não faria sentido que o cônjuge meeiro fosse também herdeiro sobre a meação do falecido, em detrimento de seus descendentes, uma vez que:

SÍLVIO VENOSA traz à baila o seguinte questionamento quando aponta que:

<sup>73</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Código Civil*. p. 218.

<sup>74</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 226.

<sup>75</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 227.

<sup>76</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 223.

<sup>77</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. p. 113.

É o que se denota

do exemplo de CIBELE PINHEIRO MARÇAL TUCCI:

“Imagin  
e-se,  
por  
exempl  
o, um  
acervo  
muito  
valioso,  
todo  
comuni  
cável  
aos dois  
conjug  
s, sendo  
que um  
deles  
tem  
apenas  
um  
automó  
“Deverá  
prevale  
de valor  
portanto  
como a  
interpret  
ação  
particul  
sentido.  
de que,  
hipótese  
hipótese  
prevista  
seja  
abstrato  
pela a  
sequen  
parte de  
um  
do art.  
cabeça,  
(casos  
descend  
comunh  
do  
parcial)  
del  
legítima  
meação  
conjuges  
sobreviv  
e que dis  
incide  
sobre os  
bens não  
particul  
ares, e  
ela não

Aqui, vale  
ressaltar a diferença entre a meação deixada pelo cônjuge falecido (que integrará a herança) com a meação do cônjuge supérstite, que com a herança do *de cujus* não se confunde. Por fim, a autora põe uma pá de cal na questão com a seguinte conclusão:

Esta posição  
também é defendida por GISELDA HIRONAKA, em mais de uma obra, ao limitar a concorrência do cônjuge herdeiro e meeiro, casado sob o regime da comunhão parcial, aos bens exclusivos do autor da herança, uma vez que lhe parece ser esta a *mens legis* expressa no Código Civil de 2002.<sup>80,81</sup> Em contrapartida, a mesma autora cita um posicionamento diverso ao aqui esposado na doutrina de FRANCISCO JOSÉ CAHALI.<sup>82,83</sup>

<sup>78</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. *Sucessão Legítima do Cônjuge ou Companheiro no Novo Código Civil*. p. 115.

<sup>79</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. *Sucessão Legítima do Cônjuge ou Companheiro no Novo Código Civil*. p. 115.

<sup>80</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 220.

<sup>81</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. p. 95.

<sup>82</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. p. 95.

<sup>83</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso Avançado de Direito Civil*.

Em suma, vale transcrever o Enunciado 270 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, em dezembro de 2004, *in verbis*:

“270 - art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente, além de ser a solução acima aduzida a que melhor se coaduna com o sistema trazido pela nova lei, o artigo 1.829 trata tão-somente da ordem da vocação dos herdeiros, sem tratar das quotas-partes destinadas a cada herdeiro. De fato, o Código só expõe o tratamento dos quinhões hereditários nos artigos subseqüentes, que deverão, então, ser interpretados em consonância com o artigo 1.829 do Código.<sup>85</sup> Esta questão será novamente abordada, mais adiante, ao se tratar do modo de partilha descrito no artigo 1.832, no tocante à interpretação a ser dada à palavra “herança” constante no referido dispositivo. Dúvida também existe acerca da sujeição do cônjuge à colação dos bens recebidos por liberalidade em vida do autor da herança. A colação tem por fim restabelecer a igualdade das legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente (art. 2.003 do CC). No entanto, o artigo 2.002 do novo Código Civil só imputou expressamente este dever aos “descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum”. Porém, segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“[...] ou deve-se entender a participação que final também nos a questão do cônjuge está o falecido possuía os bens conferidos, particularmente, hipótese das doações que me temham a concorrência

<sup>84</sup> Disponível em <http://daleth.cjf.gov.br/revista/Enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em 31 mai. 2005.

<sup>85</sup> Bem como com os arts. 1.830 e 1.846 do CC.

## SÍLVIO

RODRIGUES e ANA LUIZA MAIA NEVARES corroboram os argumentos acima,<sup>87,88</sup> mas sem a ressalva, apontada pelo primeiro autor, de que o dever de colacionar do cônjuge restringe-se à hipótese de concorrência com os descendentes (art. 1.829, I, do CC),<sup>89</sup> uma vez que aos ascendentes não foi imposta a mesma obrigação. Por fim, deve-se estudar o caso específico em que todos os descendentes repudiarem a herança delata. Para EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE:

“[...] se o cônjuge concorrer com descendentes, Esta seria a solução prevista pelo artigo 1.810 do Código Civil, que trata da devolução à legítima em benefício dos demais herdeiros da mesma classe do repudiante. Consoante preceitua CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, é pertinente aludir-se à posição do cônjuge como integrante de uma “1ª classe móvel”,<sup>91</sup> ou seja, o cônjuge herdeiro pertenceria à mesma classe preferencial dos descendentes, o que lhe conferiria, por sua vez, o mesmo direito concedido aos descendentes que aceitassem sua parte na herança.<sup>92</sup> Contudo, esta postura configura uma elisão ao art. 1.836 do Código de 2002 — que chama à sucessão os ascendentes, na falta dos descendentes. Embora igualmente prevista no revogado Código de 1916, o preceito contido no art. 1.810 do novo Código não ficou livre de críticas, haja vista a possível concorrência do cônjuge no atual sistema:

“E a solução

<sup>86</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 406.

<sup>87</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. p. 311.

<sup>88</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 164-165.

<sup>89</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 406.

<sup>90</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 219.

<sup>91</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 143-144.

<sup>92</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 124-125.

é,  
certame  
nte,  
insufici  
ente. Se  
não  
houvess  
e  
descend  
entes, o  
cônjuge  
teria de  
partilhar  
com os  
ascende  
ntes,  
assim  
recebe  
tudo.  
[...]  
imagine  
-se  
diante  
das  
circunst  
âncias,  
que só a  
realidad  
e fática  
é capaz  
de criar,  
as  
situaçõe  
s  
concreta  
s que a  
pretensã  
o  
sucessór  
ia vai,  
certame  
nte,  
gerar a  
partir da  
nova  
sistemát  
ica”.<sup>93</sup>

No entanto,  
tradicionalmente, o cônjuge não poderia ser considerado herdeiro da classe  
dos descendentes — embora possa vir a ser chamado em concorrência com

---

<sup>93</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 219.

os mesmos. Neste caso, na hipótese de renúncia de todos os filhos do *de cujus*, seus netos seriam chamados a herdar por direito próprio e por cabeça (art. 1.811 do CC). Caso todos os descendentes repudiassem a herança, tratar-se-ia como se herdeiros nunca tivessem sido (art. 1.804, parágrafo único, do CC),<sup>94</sup> e os ascendentes do falecido seriam, então, chamados à sua sucessão, em concorrência com o cônjuge, como se verá a seguir.

## 2.3 A Vocação das Demais Classes Hereditárias

Voltando ao artigo 1.829 do Código Civil, seu inciso II dispõe que a herança será deferida “aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge”, sempre que não haja descendentes (art. 1.836, *caput*, do CC). Os ascendentes são também herdeiros reservatários, como os descendentes e o próprio cônjuge (art. 1.845 do CC), não podendo ser excluídos da sucessão — salvo por razões de indignidade ou de deserdação. De todo modo, na ausência de descendentes em qualquer grau do falecido, o cônjuge herdeiro sobrevivente poderá concorrer com os ascendentes, independentemente do regime de bens mantido com o falecido autor da herança,<sup>95,96</sup> de acordo com os artigos 1.836 e 1.837 do Código Civil. Bem explica GISELDA HIRONAKA a situação do cônjuge sobrevivente:

“[...] se  
concorr  
er na  
segunda  
classe,  
tirante a  
meação  
que lhe  
couber,  
herda  
Não vem a  
não  
propósito, neste estudo, o exame da partilha entre o cônjuge supérstite e os  
apenas  
fração  
dos  
bens  
particul  
ares, do  
de cujus  
como  
também  
fração  
dos  
bens  
comuns  
ao

<sup>94</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 59, 61.

<sup>95</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 122.

<sup>96</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 180.

<sup>97</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antonio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, p. 220.

ascendentes do falecido, que seguirá as regras dispostas no artigo 1.837 do novo Código Civil.<sup>98</sup>

Quando o *de cuius* não deixar descendentes ou ascendentes sucessíveis, o inciso III do artigo 1.829 contempla o cônjuge sobrevivente em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, que receberá integralmente a legítima (art. 1.838 do CC) — ou toda a herança, na falta de testamento válido e eficaz deixado pelo falecido.<sup>99</sup> Neste ponto, também é irrelevante o regime de bens mantido pelo casal.<sup>100</sup>

Salvo nas hipóteses de deserdação, não mais pode o cônjuge ser excluído da sucessão pelo testador — como possibilitava o art. 1.725 do revogado Código, que foi substituído pelo art. 1.850 do Código de 2002 — pois é herdeiro necessário e tem direito à legítima, consoante os artigos 1.845 e 1.846 do novo Código Civil.

Na falta de herdeiros necessários (descendentes, ascendentes ou cônjuge), são chamados à sucessão os colaterais até o 4º grau de parentesco com o falecido (art. 1.839 do CC).<sup>101</sup> Note-se que os parentes colaterais são herdeiros legítimos, mas não necessários, podendo ser excluídos pelo testador pela simples disposição de seu patrimônio sem os contemplar (art. 1.850 do CC).

Em não havendo herdeiros legítimos ou testamentários do *de cuius*, ou tendo eles renunciado à herança, todos os bens serão recolhidos, subsidiariamente, pelo Poder Público (art. 1.844 do CC),<sup>102</sup> seguindo-se as previsões legais sobre a jacência e a vacância da herança.<sup>103</sup>

## 2.4 A Legitimação Sucessória do Cônjuge

<sup>98</sup> Art. 1.837. Concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

<sup>99</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 123.

<sup>100</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 805.

<sup>101</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 104.

<sup>102</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 212.

<sup>103</sup> V. artigos 1.819 a 1.823 do Código Civil.

hereditários do cônjuge supérstite foram examinados, primeiramente, segundo o regime de bens da sociedade conjugal — na concorrência com os descendentes — passando-se, em seguida, à análise das hipóteses sucessivas de superação das classes de herdeiros na ordem vocatória do art. 1.829 do novo Código.

Contudo, como afirmado *supra*, “nem todo cônjuge que sobrevive ao morto é considerado seu herdeiro”.<sup>104</sup> Resta, ainda, uma última circunstância a ser analisada para que o cônjuge sobrevivente tenha capacidade para herdar: a higidez da sociedade conjugal.<sup>105</sup>

Assim, serão apontados os casos em que o cônjuge sobrevivo não herdar por extinção de sua legitimidade sucessória, nas hipóteses que prevê o artigo 1.830 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art.  
1.830.  
Somente  
é reconhecido  
direito  
sucessório

Dado o comando

legal acima, GISELDA HIRONAKA traz à tona a seguinte premissa:

“O  
cônjuge  
sobrevivente,  
primeiramente,  
se, ao  
tempo  
pressuposto  
da morte,  
deve ser  
do  
vencido,  
outro  
da  
estavam  
separados  
de uma  
sucessão  
judicial  
ou para  
mesmo  
que se  
nem  
possa  
separados  
procede  
os de  
fato, há  
mais de  
vocações  
dois  
anos  
herdeiro  
seu

Na nova Lei Civil,

o legislador substituiu a expressão “dissolvida a sociedade conjugal” — constante do revogado artigo 1.616 do Código revogado<sup>107</sup> — por “separados judicialmente”. Todavia, a vocação sucessória do cônjuge sobrevivente segue pressupondo a existência da sociedade conjugal ao

<sup>104</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 803.

<sup>105</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 803.

<sup>106</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. pp. 93-94.

<sup>107</sup> Cuja redação fora alterada pela Lei nº 6.515/77, que altera o art. 1.616 do Código Civil de 1965, para que o cônjuge sobrevivente não herde se não houver prova de sua existência neste caso, de perquiri que essa r qual o convive estado ncia se civil do tornara

tempo da abertura da sucessão.<sup>108,109</sup> Da mesma forma que o cônjuge separado judicialmente do *de cujus*, à época do óbito, jamais será seu herdeiro,<sup>110</sup> com maior razão o cônjuge divorciado (ex-cônjuge) tampouco herdará, pois não só a sociedade conjugal se encontra dissolvida, como o próprio vínculo matrimonial resulta extinto.<sup>111,112</sup>

Nesse ponto, a grande alteração trazida pela novel legislação consiste no tratamento conferido à separação de fato, pois, embora esta situação não ponha termo, *ipso iure*, ao regime de bens do casamento<sup>113,114,115</sup> — a despeito da jurisprudência em contrário<sup>116</sup> — passa a trazer implicações sobre a condição de herdeiro do cônjuge supérstite.<sup>117,118</sup>

Destarte, não mais se faz mister a separação judicial para o afastamento do cônjuge sobrevivente da relação sucessória,<sup>119</sup> bastando, para tanto, que a separação de fato tenha-se estendido por mais de dois anos até a morte do hereditando. Tal disposição faz recordar o que já prescreviam as antigas Ordenações Filipinas, que por três séculos vigoraram no Brasil.<sup>120,121,122</sup>

Neste caso, entretanto, poderá o cônjuge sobrevivente ser chamado à sucessão se houver *prova* que a convivência conjugal se tornara impossível sem culpa

<sup>108</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. pp. 222-223.

<sup>109</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 157-158.

<sup>110</sup> Art. 1.571. *A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio.*

<sup>111</sup> Art. 1.571, § 1º. *O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.*

<sup>112</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. p. 115.

<sup>113</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 95.

<sup>114</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 132-133.

<sup>115</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 125.

<sup>116</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. pp. 115-116.

<sup>117</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*, p. 95.

<sup>118</sup> GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. pp. 191-193.

<sup>119</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 221.

<sup>120</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. p. 115.

<sup>121</sup> GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. p. 191.

<sup>122</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 87.

sua, como dispõe a parte final do art. 1.830 do novo Código.<sup>123,124</sup> Nesta hipótese, não caberia o limite temporal para deixar-se de atribuir ao cônjuge separado de fato — sem culpa — a condição para suceder.

“Nesse caso, não pode o supérstite e ser punido com a perda da capacidade de sucessor, se nada fez para a causa-lei presumir, então, que se relacionou por repúdio ável não quer mais a participação do sobrevivente no patrimônio do falecido. Logo, o cônjuge supérstite — quando separado de fato por mais de dois anos no momento do óbito do sucedendo — não será afastado da sucessão se provar que a culpa foi exclusiva do falecido (1) ou quando não houve culpa de ninguém pela morte. É, no entanto, relativa, uma vez que se permite ao cônjuge supérstite e a prova de que a separação de fato se deu não por sua

GISELDA

A exegese do art.

1830 apresenta quatro hipóteses possíveis, na visão da ilustre autora:

Logo, o cônjuge supérstite — quando separado de fato por mais de dois anos no momento do óbito do sucedendo — não será afastado da sucessão se provar que a culpa foi exclusiva do falecido (1) ou quando não houve culpa de ninguém pela morte.

<sup>123</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. p. 115.

<sup>124</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 221.

<sup>125</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 211.

<sup>126</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, p. 221.

<sup>127</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. p. 93.

separação (4). Em caso de culpa concorrente de ambos (3), não haveria como atribuir capacidade sucessória a nenhum dos cônjuges.<sup>128</sup>

Segundo boa parte da doutrina, competirá ao cônjuge sobrevivente o ônus da prova da ausência de culpa na separação de fato.<sup>129,130,131,132</sup> Assim, bastaria aos demais herdeiros a demonstração de que o casal estava separado de fato há mais de dois anos no momento da abertura da sucessão.<sup>133</sup> No entanto, é possível encontrar-se entendimento doutrinário em sentido contrário, defendendo que caberia aos demais interessados no recolhimento da herança a prova de culpa do cônjuge sobrevivente pela separação fática do casal.<sup>134,135</sup>

Para ANA LUIZA MAIA NEVARES, o artigo 1.830 do Código Civil de 2002 resolveu a controvérsia que havia no sistema anterior — tanto na doutrina, como na jurisprudência — acerca da possibilidade de sucessão do cônjuge casado, mas separado de fato. Contudo, a nova regra também teria apresentado um *retrocesso*, ao condicionar a exclusão do cônjuge separado de fato da sucessão à ausência de culpa na separação.<sup>136</sup> No mesmo diapasão, a doutrina de IAGMAR SENNA CHELLES:

“Não é preciso esforço de raciocínio para antever-se a possibilidade de obtenção de prova de culpa na separação de fato. Além do risco de paralisar o inventário durante muito tempo, a perquirição da culpa na separação de fato pode acarretar a perda da oportunidade de obtenção de prova de culpa na separação de fato.”

<sup>128</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. pp. 93-94.

<sup>129</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 147.

<sup>130</sup> GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. p. 192.

<sup>131</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. pp. 125-126.

<sup>132</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. p. 93.

<sup>133</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 221.

<sup>134</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. pp. 227-228.

<sup>135</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivo*. p. 98.

<sup>136</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 80-87, 158.

<sup>137</sup> CHELLES, Iagmar Senna. *Direito das Sucessões*. p. 102.

dissolução da sociedade conjugal não mais se justificaria dentro da nova concepção de família, uma vez que a entidade familiar só merece tutela como instrumento de promoção e desenvolvimento da personalidade de seus membros (art. 226, § 8º, da CRFB/88).<sup>138,139</sup>

“[...] a partir da concepção do afeto entre os cônjuges s. como A despeito da questão acerca da culpa, o art. 1.830 estabelece, a *contrario sensu*, que o cônjuge separado de fato não perderá a legitimação para suceder *antes* do decurso de dois anos entre a separação fática e a morte do consorte.<sup>141</sup> De forma semelhante à hipótese do divórcio direto (art. 226, § 6º, *in fine*, da CRFB e art. 1.580, § 2º, do CC),<sup>142</sup> ~~abandonou~~ o legislador que *dois anos* é o tempo necessário para que a relação de *affectio societatis* entre os cônjuges considere-se extinta, pondo fim aos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente — ressalvada a hipótese de demonstração de que não teve culpa por esta separação. Por fim, já foi asseverado que, ainda que o *de cuius* comprometa toda a parte disponível de seu patrimônio, o cônjuge sobrevivente terá direito à sua cota na legítima, haja vista sua condição de herdeiro necessário.<sup>143,144</sup> Desse modo, a exclusão do cônjuge só poderá ocorrer nos casos de *indignidade*, por meio de declaração judicial (arts. 1.814 a 1.818 do CC), ou de *deserção*, expressa em testamento, e com a subsequente demonstração judicial do motivo declinado (arts. 1.961 a 1.965 do CC).<sup>145,146</sup>

<sup>138</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 158-159.

<sup>139</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivo. pp. 98-105.

<sup>140</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 158-159.

<sup>141</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 158.

<sup>142</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. pp. 125-126.

<sup>143</sup> V. arts. 1.845 e 1.846 do CC.

<sup>144</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 217.

<sup>145</sup> GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. pp. 188-189.

### Questão

interessante se põe quanto à deserdação do cônjuge, tendo em vista que o legislador deixou de enumerar os fatos que poderiam permitir o testador a deserdá-lo, como fez com os ascendentes e os descendentes. O artigo 1.961 do novo Código prevê a deserdação dos herdeiros necessários — fazendo incluir o cônjuge, portanto — mas remete-se, tão-somente, às causas de exclusão por indignidade, não sendo admissível a invocação dos motivos dos arts. 1.962 e 1.963 do CC — atribuíveis aos descendentes e ascendentes — para se deserdar o cônjuge, pois não caberia analogia em matéria restritiva de direito.

Sem embargo, uma vez afastadas as causas de indignidade e deserdação, somente nas hipóteses e condições determinadas pelo art. 1.830 o cônjuge supérstite perderá seus direitos sucessórios à herança do cônjuge falecido. A *meação* do cônjuge, todavia, permanece intangível porque lhe pertence por direito próprio de família, não se confundindo com a herança do finado.<sup>147</sup>

### Havendo

discussão acerca dos direitos do cônjuge herdeiro — considerada matéria de alta indagação — deverá esta ser remetida às vias ordinárias, enquanto o inventário poderá prosseguir com a reserva dos bens que porventura sejam, ao final, recolhidos pelo cônjuge sobrevivente (arts. 984 e 1.000, parágrafo único, *in fine*, do CPC).<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 329-332.

<sup>147</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 135.

<sup>148</sup> CHELLES, Iagmar Senna. *Direito das Sucessões*. pp. 102-103.

## 2.5 Outros Direitos Sucessórios do Cônjuge

Os §§ 1º e 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, incluídos pela Lei nº 4.121/62, atribuíam ao cônjuge supérstite o usufruto vidual ou o direito real de habitação — conforme o regime de bens entre os cônjuges — caso houvesse herdeiros descendentes ou ascendentes, mas não o direito de propriedade plena sobre os bens. O cônjuge viúvo, casado sob regime diverso ao da comunhão universal — ou parcial, segundo a jurisprudência do STJ<sup>149</sup> — recebia, durante sua viuvez, apenas o usufruto sobre a metade dos bens do falecido, ou sobre a quarta parte em caso de ter deixado filho, ao passo que o direito real de habitação era concedido no caso de comunhão, também durante sua viuvez, sobre o único imóvel residencial da família.

Não mais remanesce o direito ao usufruto legal ou vidual, cuja previsão não foi reproduzida na novel legislação, considerando-se o novo *status* do cônjuge na sucessão — como herdeiro concorrente e necessário em propriedade plena, ainda que dependendo do regime de bens do matrimônio.<sup>150,151</sup>

Por outro lado, o direito de habitação concedido pelo novo sistema é mais abrangente do que a hipótese do revogado artigo 1.611, § 2º, do Código de 1916. Com efeito, o artigo 1.831 do novo Código Civil garante ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação sobre a residência familiar, sempre que seja o único bem com esta destinação a inventariar, não importando o regime de bens do casal e sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança do *de cujus*.<sup>152</sup>

Além de irrelevante o regime de bens, a norma não prevê restrições quanto ao

<sup>149</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 138-139.

<sup>150</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 137.

<sup>151</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 160.

<sup>152</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 216.

exercício deste direito personalíssimo, que será vitalício — se não cessar pelas hipóteses do artigo 1.410 do Código Civil<sup>153,154</sup> — ainda que o cônjuge sobrevivente venha a constituir nova família.<sup>155</sup>

A intenção da proteção seria impedir que o cônjuge sobrevivente ficasse exposto ao desamparo, caso não adquira a propriedade — plena ou parcial — do imóvel em que possa residir.<sup>156</sup> Assim, sobre o domínio pertencente a terceiros, adquire o direito real de habitação.<sup>157</sup>

“O que se pretende é evitar que eventual partilha da Constituição de 1988, o fundamento precípua do direito real de habitação encontra-se no direito constitucionalmente garantido à moradia (art. 6º, *caput*), em cumprimento da exigência de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>159</sup> Quanto à sua natureza jurídica, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e ANA LUIZA MAIA NEVARES, dentre outros, consideram o direito real de habitação do cônjuge um legado *ex lege*,<sup>160</sup> haja vista tratar-se de hipótese de sucessão a título particular, sobre objeto individualmente considerado, certo e determinado, embora decorrente de fato e não de disposição testamentária.<sup>161</sup>

Esse direito de habitação, contudo, não exclui eventual direito dominial do cônjuge sobre a

<sup>153</sup> Dada a disposição do art. 1.416 do CC. conjuga

<sup>154</sup> NERY JR., Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 806. cautela

<sup>155</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 128.

<sup>156</sup> NERY JR., Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 806. or tem a

<sup>157</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 216. Inalida

<sup>158</sup> NERY JR., Nélson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 806. de de evitar o

<sup>159</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 167. desamparo do

<sup>160</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 141, 150. cônjuge

<sup>161</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 127, 168. supõe-se e”.<sup>158</sup>

fração ideal do acervo hereditário, que lhe tocaria desde a abertura da sucessão, prevalecendo o condomínio entre os herdeiros até a partilha da herança (art. 1.791, parágrafo único, do CC).<sup>162</sup> Naturalmente, se o cônjuge resultar condômino do referido imóvel após a partilha, o direito de habitação — enquanto direito real sobre coisa alheia<sup>163</sup> — só incidirá sobre a fração do imóvel que corresponda aos demais herdeiros em condomínio.

Não se pode olvidar, tampouco, que a Constituição de 1988 traz, em seu artigo 5º, inciso XXXI, uma disposição em favor do cônjuge ou dos filhos brasileiros, caso o finado seja estrangeiro e tiver bens no País: entre a lei brasileira e a lei pessoal do *de cujus*, aplica-se à sucessão dos bens aqui situados aquela que lhes seja mais benéfica.<sup>164</sup> Esta disposição encontra-se repetida no art. 10, § 1º, do Decreto-lei nº 4.657/42, já alterado pela Lei nº 9.047/95.

Por fim, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA entende que persiste, ainda, outro direito sucessório específico do cônjuge sobrevivente. O art. 17 do Decreto-lei nº 3.200/41, alterado pelo Decreto-lei nº 5.187/43 — a chamada “lei de proteção à família” — dispunha que a brasileira, casada com estrangeiro em regime que excluísse a comunhão de bens, tinha direito ao usufruto vitalício da metade dos bens do falecido, ou a quarta parte em caso de haver filhos dele. Como a doutrina entendia que o Estatuto da Mulher Casada não o revogara, dada a sua natureza específica, e o Código de 2002 nada dispôs, sua vigência permaneceria incólume como regra especial, de incidência restrita à hipótese cogitada.<sup>165</sup> Atualmente, em virtude da isonomia constitucional entre homem e mulher (arts. 5º, I e 226, § 5º, da CRFB/88), esta hipótese se estenderia ao brasileiro casado com estrangeira, nas mesmas condições.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. pp. 222-223.

<sup>163</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 150.

<sup>164</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 142.

<sup>165</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 141-142.

<sup>166</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 89.

## 2.6 A Eventual Concorrência entre o Cônjuge e o Companheiro

Uma das críticas feitas ao artigo 1.829 do Código Civil é a de não ter incluído o *companheiro* na ordem de vocação hereditária, cujos direitos sucessórios foram tratados pela novel legislação em seu artigo 1.790, localizado no Capítulo referente às Disposições Gerais, do Título I da Sucessão em Geral. ANA LUIZA MAIA NEVARES critica a “má sistematização do legislador quanto à sucessão na união estável”,<sup>167</sup> defendendo a sua regulação “no Título II, pertinente à Sucessão Legítima, informada pelos vínculos familiares, no capítulo da ordem de vocação hereditária”.<sup>168</sup> GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA corrobora esta visão e acusa, inclusive, a revelação de uma “permanência (sub-reptícia) de tratamento discriminatório relativamente ao companheirismo”.<sup>169</sup>

Não obstante, o companheiro integra a ordem de vocação hereditária do *de cujus*,<sup>170</sup> nas condições previstas no referido dispositivo, o que também se depreende da expressa menção ao companheiro no artigo 1.844 do Código Civil<sup>171</sup> — ao cuidar da hipótese de devolução da herança ao Poder Público.<sup>172</sup>

Segundo SÍLVIO RODRIGUES, a Lei nº 8.971/94, com os complementos da Lei nº 9.278/96, havia praticamente equiparado a união estável ao casamento em matéria de sucessão, uma vez que ao companheiro sobrevivente teriam sido conferidos direitos hereditários similares aos do cônjuge supérstite,<sup>173</sup> posição

<sup>167</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 170.

<sup>168</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 170.

<sup>169</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Concorrência Sucessória à Luz dos Princípios Norteadores do Código Civil de 2002*. pp. 22-23.

<sup>170</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. pp. 92-93.

<sup>171</sup> “Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

<sup>172</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *Concorrência Sucessória e a Nova Ordem da Vocação Hereditária*. p. 38.

<sup>173</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. pp. 116-117.

compartilhada também por DÉBORA GOZZO<sup>174</sup> — embora aquele autor reconheça que, sob alguns aspectos, o companheiro parecia-lhe, àquela época, mais favorecido que o cônjuge sobrevivente. Por seu lado, ANA LUIZA MAIA NEVARES — que defende a equiparação axiológica constitucional entre o casamento e a união estável<sup>175</sup> — afirma que o cônjuge e o companheiro sempre foram sujeitos a estatutos hereditários diferenciados,<sup>176</sup> sendo que, com o novo Código, a separação e a desigualdade entre eles tornaram-se mais evidentes.

De todo modo, GISELDA HIRONAKA demonstra que as regras de sucessão para o cônjuge e o companheiro seguem, atualmente, diretrizes distintas. A sucessão de pessoas que vivam em união estável, no momento de sua morte, não dependerá do regime de bens adotado — por contrato de convivência ou de forma supletiva (art. 1.725 do CC) — como ocorre com os casados, mas sim da *origem* dos bens que componham o acervo hereditário do companheiro falecido.<sup>177</sup>

Assim, segundo o *caput* do artigo 1.790 do Código, o companheiro sobrevivente participaria da sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, ou seja, “*justamente* nos bens a respeito dos quais o companheiro *já é meeiro*”,<sup>178</sup> na ausência de contrato escrito — diversamente do proposto pelo art. 1.829, I, do CC, que procura afastar a coincidência entre os direitos do cônjuge à meação e também à herança, como visto *supra*. Além disso, a restrição do *caput* do art. 1.790 prevalece para todas as hipóteses de concorrência do companheiro com os demais herdeiros (conforme incisos I a IV do referido artigo), diferentemente do que ocorre com o cônjuge, cujos direitos sucessórios estão condicionados

---

<sup>174</sup> GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. p. 189.

<sup>175</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 200-230.

<sup>176</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 179-184.

<sup>177</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. O Sistema de Vocação Concorrente do Cônjuge e/ou do Companheiro com os Herdeiros do Autor da Herança, nos Direitos Brasileiro e Italiano. p. 61.

<sup>178</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. O Sistema de Vocação Concorrente do Cônjuge e/ou do Companheiro com os Herdeiros do Autor da Herança, nos Direitos Brasileiro e Italiano. p. 62.

ao regime de bens somente nos casos de concorrência com os descendentes do *de cuius*.<sup>179</sup>

Outra importante distinção reside na nova condição do cônjuge como herdeiro necessário (art. 1.845 do CC), privilégio que não foi expressamente estendido ao companheiro. Igualmente, os direitos reais de usufruto e habitação, antes garantidos ao companheiro supérstite (art. 2º, da Lei nº 8.971/94 e art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96), não foram reproduzidos pela nova legislação — que previu, tão-somente, o direito real de habitação e apenas ao cônjuge sobrevivente (art. 1.831 do CC). Porém, boa parte da doutrina<sup>180,181,182</sup> defende o entendimento que pode ser resumido pelo Enunciado 117 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, calcado no direito constitucional à moradia:

“117 -

art.

1.831: o

direito

real de

habitação

o deve

A partir dessas considerações iniciais — a despeito das controvérsias acerca dos direitos sucessórios do companheiro — o propósito, neste ponto do trabalho, é averiguar-se se as regras de sucessão do companheiro poderiam interferir, em alguma hipótese, nos direitos sucessórios do cônjuge supérstite. Em princípio, tal possibilidade não poderia existir, visto que, na constância do matrimônio, ficaria afastada a hipótese de surgimento de uma união estável com terceiro — mero concubino (art. 1.727 do CC)<sup>185</sup>.

previsão

da Lei

nº

9.278/9

6, seja

em

<sup>179</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. O Sistema de Vocação Concorrente do Cônjuge e/ou do Companheiro com os Herdeiros do Autor da Herança, nos Direitos Brasileiro e Italiano. p. 62.

<sup>180</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 806.

<sup>181</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 228.

<sup>182</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 129.

<sup>183</sup> CHELLES, Iagmar Senna. *Direito das Sucessões*. p. 105.

<sup>184</sup> Disponível em <http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em 31 mai. 2005.

<sup>185</sup> “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

da

CF/88”.

183,184

Contudo, o artigo 1.723, § 1º, da Lei Civil,<sup>186</sup> em sua parte final, permite a constituição de uma união estável entre o cônjuge separado, de fato ou judicialmente, com pessoa desimpedida de casar ou nas mesmas situações de separação conjugal descritas. Sendo assim, “o convivente passa a gozar de direito hereditário (art. 1.790 do CC), mesmo em situação em que o cônjuge sobrevivente não perca seu direito sucessório (art. 1.830 do CC)”.<sup>187</sup>

Com efeito, o artigo 1.830 abriu a possibilidade de que a legitimação sucessória do cônjuge separado apenas de fato possa subsistir, caso este esteja separado há menos de dois anos do outro cônjuge no momento de seu óbito ou não tenha tido culpa pelo fim da união matrimonial — questões examinadas *supra*. Assim, se o *de cujus* constituiu uma união estável com terceira pessoa antes de falecer, haveria a *concorrência sucessória* entre o cônjuge e o companheiro sobreviventes à sua herança, muito embora não conste expressamente qualquer previsão legal para esta excepcional situação.<sup>188,189</sup>

Vale dizer que, sendo a união estável um *fato*, o afastamento do casal põe termo à relação entre os conviventes. Logo, o sobrevivente só manterá seus direitos sucessórios se unido em comunhão de vida com o autor da herança até o momento de sua morte,<sup>190,191</sup> sempre quando o falecido não tenha deixado testamento que afaste seu companheiro de sua sucessão — para aqueles que entendam que não lhe caberá a garantia de reserva hereditária à legítima.

Entretanto, para ANA LUIZA MAIA NEVARES, a duplicidade de legitimidade para suceder é somente aparente, já que “será a união estável a entidade familiar

---

<sup>186</sup> “Art. 1.723. § 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”.

<sup>187</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 210.

<sup>188</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivo. p. 105.

<sup>189</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. pp. 123, 131.

<sup>190</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivo. p. 105.

<sup>191</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 157.

que qualificará a relação do sucessor com o autor da herança, tornando-a relevante para a sucessão”, afastando, assim, o cônjuge separado de fato da sucessão do falecido.<sup>192</sup>

De todo modo, dada a comentada restrição do *caput* do artigo 1.790 do novo Código, o *objeto* da sucessão concorrente entre o cônjuge e o companheiro supérstites estaria restrito aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, depois de excluída desta massa a meação devida ao companheiro — quando não afastado este direito por contrato escrito entre os conviventes. Já a partilha de bens para esta imprevista concorrência entre cônjuge e companheiro do *de cujus* será abordada mais adiante.

Embora este estudo não tenha almejado avaliar os direitos sucessórios dos conviventes frente aos direitos atribuídos aos casados, é de se notar que a questão ensejará grandes debates na doutrina e na jurisprudência, devido à “forte e injustificável diferenciação estabelecida entre cônjuge e companheiro, quanto aos respectivos direitos de herança, isoladamente ou em concurso com parentes sucessíveis”,<sup>193</sup> uma vez que ambas as espécies de família merecem especial proteção do Estado, na pessoa de cada um dos que a integram (art. 226, *caput* e § 8º, da CRFB/88).

---

<sup>192</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 83-86, 159-160.

<sup>193</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *Concorrência Sucessória e a Nova Ordem da Vocação Hereditária*. p. 41.

### Capítulo 3

## A PARTILHA NA SUCESSÃO CONCORRENTE ENTRE O CÔNJUGE E OS DESCENDENTES

### 3.1 A Previsão do Artigo 1.832 do Código Civil de 2002

Até o presente momento, fez-se uma breve exposição acerca dos direitos sucessórios do cônjuge, mormente no que concerne às inovações trazidas pelo novo Código Civil de 2002. Constatou-se que a novel legislação atribuiu um novo *status* ao cônjuge na sucessão, como herdeiro necessário e concorrente em propriedade plena (herdeiro real)<sup>194</sup>, embora sua vocação esteja condicionada a determinadas hipóteses previstas na lei.

Por isso, foi necessária uma verificação prévia das situações em que o cônjuge supérstite seria efetivamente chamado a herdar, bem como do alcance de seus direitos hereditários, por meio da análise de certas questões à época da abertura da sucessão: a higidez da sociedade conjugal (legitimação para suceder); a existência de outros herdeiros necessários; o regime de bens do casal e o patrimônio particular do morto (na concorrência com os descendentes).

Assim, examinou-se o tema do regime de bens e as respectivas hipóteses de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do finado na sucessão de sua herança (art. 1.829, I, do CC), sem que se tenha abordado, de forma específica, o modo de partilha dos bens entre esses herdeiros necessários, precisamente quando houvesse a concorrência de seus direitos sucessórios.

O cerne desta dissertação monográfica reside exatamente no estudo da partilha de bens entre o cônjuge supérstite e os descendentes do falecido, principalmente no

---

<sup>194</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 234.

que diz respeito à porção que tocará ao cônjuge e, por conseguinte, aos descendentes do autor da herança.

O modo de partilhar para o inédito caso de concorrência em propriedade plena entre o cônjuge e os descendentes na sucessão legítima vem disposto no artigo 1.832 do Código Civil, que merece ser reproduzido, *in verbis*:

“Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes do *de cujus* na sucessão legítima<sup>195</sup> — trazendo *duas regras* aplicáveis à hipótese em tela, que doravante serão examinadas separadamente. A primeira parte do artigo refere-se ao modo de *sucedendo* (por direito próprio), ao mesmo tempo em que dispõe sobre o modo de partilhar (*por cabeça*), com o fito de considerar a igualdade na divisão da herança entre os sucessores diretos.<sup>196</sup>

A despeito da atecnia legislativa, GISELDA HIRONAKA faz a seguinte exegese:

A quarta parte da regra geral é, portanto, se for de ascendente, o cônjuge herdeiro superstite, com os descendentes, que sempre foram iguais em grau do falecido (art. 1.835, 1ª parte, do CC). De fato, a primeira regra do artigo 1.832 mantém o critério geral da igualdade na divisão da herança, que sempre foi referente à partilha por cabeça entre os descendentes de mesmo grau do falecido (art. 1.835, 1ª parte, do CC).

<sup>195</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito Civil – Sucessões*, p. 129.

<sup>196</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direito Civil – Sucessões*, pp. 130-131.

<sup>197</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*, p. 224.

Porém, na nova sistemática, o cônjuge sobrevivente receberá, também, o mesmo quinhão hereditário atribuído a cada um destes descendentes, como se mais um filho fosse.<sup>198</sup>

Dessa forma, a herança se dividirá — como regra geral — igualmente em tantas partes quantos forem os herdeiros<sup>199</sup> que sucedam *por direito próprio*.<sup>200</sup> Logo, se algum dos descendentes de mesmo grau (v. g., filho) houver falecido antes da abertura da sucessão, os descendentes do herdeiro premoriente (v. g., netos do *de cujus*) serão chamados a herdar como seus representantes — ou seja, sucederão por direito de representação<sup>201</sup> — mas isto não interferirá no cálculo da quota-parte do cônjuge supérstite.<sup>202,203</sup>

Os descendentes de maior grau só sucedem por direito próprio na ausência de descendentes de grau mais próximo ao falecido (art. 1.833, 1ª parte, do CC). Assim, em caso de não subsistir filho algum do *de cujus* no momento da abertura da sucessão, mas sim netos seus, estes sucederão por direito próprio e não por representação de seus pais pré-mortos (art. 1.835, 2ª parte, do CC). Nesta situação, a partilha se faz por cabeça — e não por estirpe, como no caso anterior — repartindo-se a herança igualmente entre todos (netos e cônjuge), pois, de acordo com a primeira regra do artigo 1.832, “caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça [*rectius*: por direito próprio]”.<sup>204</sup>

A título de ilustração, se o falecido deixou dois filhos, a herança será dividida em três quinhões iguais, cabendo um deles ao cônjuge viúvo. Solução idêntica será dada no chamamento simultâneo de descendentes de graus distintos: se o falecido deixou um filho e dois netos, sendo estes últimos descendentes de

---

<sup>198</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 222.

<sup>199</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 233.

<sup>200</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 131.

<sup>201</sup> V. artigos 1.833, 1.835, 1.851 e 1.854 do Código Civil.

<sup>202</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 806.

<sup>203</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 223.

<sup>204</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 222.

um filho pré-morto do *de cujus*, cada um dos três quinhões será respectivamente atribuído ao cônjuge, ao filho e, em conjunto, aos netos do falecido — que integram a estirpe do premoriente (art. 1.854 do CC). Igualmente, caso sejam convocados somente descendentes de grau mais remoto, por hipótese, havendo três netos do falecido concorrendo com o cônjuge, caberá a cada herdeiro um quarto da herança.<sup>205</sup>

Como bem observou GISELDA HIRONAKA, a primeira parte do artigo 1.832 — acima analisada — é a *regra geral* da partilha na sucessão concorrente entre o cônjuge e os descendentes do falecido. Contudo, a parte final do artigo comporta uma *exceção* à regra da partilha por cabeça, a ser examinada a seguir.

### 3.2 A Reserva da Quarta Parte em Favor do Cônjuge

De acordo com a segunda parte do artigo 1.832 do Código Civil, a nova lei estipulou uma quota mínima (1/4 da herança) em benefício do cônjuge quando este concorrer com descendentes *seus*, ou seja, com descendentes *comuns* aos consortes.

Na análise da regra geral de partilha (art. 1.832, 1ª parte, do CC), todavia, não se tratou da distinção entre descendentes *comuns* e descendentes *exclusivos* do falecido — de um primeiro leito matrimonial, de uma relação extramatrimonial etc.<sup>206</sup> — questão que não influenciou nas soluções então aduzidas.<sup>207,208</sup>

No entanto, essa distinção será crucial para o presente exame da segunda parte do artigo 1.832, sempre que a concorrência sucessória se der entre o cônjuge supérstite e *quatro ou mais* dos descendentes que teve *em comum* com o autor da herança.<sup>209,210</sup>

<sup>205</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 118.

<sup>206</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. p. 96.

<sup>207</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 223.

<sup>208</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 130.

<sup>209</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 224.

<sup>210</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 118.

Com efeito, percebe-se, de plano, que o problema se põe tão-somente quando o número de descendentes comuns for elevado, *i. e.*, quando houver pelo menos quatro descendentes do casal, sucedendo por direito próprio, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Em havendo até três descendentes comuns, a partilha será feita normalmente por cabeça, seguindo-se a regra geral anteriormente estudada.<sup>211,212</sup> Assim, se forem chamados à sucessão mais de três descendentes de mesmo grau, o cônjuge terá reservada para si a quarta parte da herança, enquanto os demais herdeiros dividirão igualmente os outros três quartos do monte. Resta evidente, então, que nestes casos o cônjuge sobrevivente recebe porção *maior* que aquela atribuída a cada descendente, excepcionando-se, assim, a regra geral da partilha por cabeça.<sup>213</sup> Trata-se, portanto, de um modo especial de partilha, uma exceção à regra geral da clássica partilha por cabeça, que prevê uma divisão igualitária da herança entre todos os herdeiros.<sup>214,215,216</sup> Conforme a parte final do artigo 1.832, a *contrario sensu*, não caberá esta exceção caso o cônjuge supérstite concorra com descendentes dos quais não seja ascendente, ou seja, com descendentes *exclusivos* do falecido.<sup>217</sup> Neste caso, sejam quantos forem os herdeiros descendentes apenas do *de cujus*, não haverá a garantia mínima do cônjuge à quarta parte da herança,<sup>218</sup> visto que prevalecerá a regra geral da divisão igualitária entre todos.<sup>219</sup> Dada a nítida priorização dos interesses do cônjuge sobrevivente,<sup>220</sup> GISELDA HIRONAKA defende que o *espírito* da lei se explica:

<sup>211</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 131.

<sup>212</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 118.

<sup>213</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 118-119, 145.

<sup>214</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 234.

<sup>215</sup> CHELLES, Iagmar Senna. *Direito das Sucessões*. p. 107.

<sup>216</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 118.

<sup>217</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. pp. 222-223.

<sup>218</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. p. 96.

<sup>219</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 119.

<sup>220</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 130.



sucessória — pelas razões já expostas neste trabalho — sem intentar desfavorecer os descendentes do falecido, muito embora sua efetivação só possa dar-se com o ajustamento de seus quinhões na herança. Em caso de prole numerosa, no entanto, cada descendente deixaria de receber tão-somente uma pequena fração de sua quota ideal (pelo modo de partilha por cabeça) em prol do cônjuge, de forma que seu quinhão possa atingir a quota mínima de um quarto da herança.

Note-se, também, que a reserva só incide quando o cônjuge concorre com descendentes *seus*, de forma a não prejudicar os descendentes exclusivos do falecido, visto que nenhum laço de sangue possuem com o cônjuge sobrevivente.

Quanto ao direito de meação, este nem sempre haverá, uma vez que depende do regime de bens do matrimônio. Conforme visto, as hipóteses previstas na lei para a sucessão concorrente com os descendentes procuram afastar a coincidência entre os direitos do cônjuge sobrevivente à meação e também à herança.

Em matéria de vocação do cônjuge, afirmou-se que o novo sistema brasileiro teve sensível influência do direito português.<sup>227</sup> Entretanto, o vigente Código Civil daquele país, em seu artigo 2.139, nº 1, *in fine*,<sup>228</sup> “não condiciona o reconhecimento da fração mínima do cônjuge à circunstância de ser ele ascendente dos co-herdeiros: ali apenas se estatui que a quota do cônjuge ‘não pode ser inferior a uma quarta parte da herança’”.<sup>229</sup> No sistema pátrio, o legislador optou por reproduzir esta reserva mínima da quarta parte para o cônjuge sobrevivente, mas tão-somente quando concorrer com descendentes seus.

Por fim, o artigo 1.832 da nova Lei Civil preceitua que a reserva mínima do cônjuge sobrevivente será de um quarto *da herança*. Numa interpretação literal, a lei

---

<sup>227</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 144.

<sup>228</sup> Art. 2.139.1. *A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros; a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.*

<sup>229</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 119.

trataria da totalidade do acervo hereditário, o que abrangeria, em última análise, até mesmo o que foi atribuído a título de vocação voluntária. Porém, para EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, “trata-se evidentemente duma infelicidade da lei. O que está em causa é a parte atribuída a título de sucessão legítima, que só em certos casos abrangerá a totalidade da herança”.<sup>230,231</sup> Por seu turno, JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA acrescenta que o total do patrimônio do *de cujus* não pode servir de base de cálculo do direito do cônjuge, pois “macular-se-ia ou a legítima dos descendentes ou o direito de dispor, o falecido, por testamento”.<sup>232</sup> NÉLSON NERY JR. e ROSA MARIA NERY corroboram este entendimento, afirmando que:

“A interpretação compatível com o CC 1789 c/c 1846 é Na verdade, o art. 1.832 faz remissão expressa ao art. 1.829, inciso I, do Código Civil, obrigando o hermeneuta a uma interpretação combinada de ambos os dispositivos. Assim, nenhuma interpretação da palavra *herança*, contida na segunda parte do artigo 1.832, poderia estender o alcance dos direitos sucessórios do cônjuge além do que dispõe o artigo 1.829, inciso I, anteriormente estudado. Portanto, deve-se entender que a reserva da quarta parte recai, por óbvio, somente sobre a porção da *herança em que incidem os direitos sucessórios do cônjuge supérstite*.<sup>234</sup> Por conseguinte, a reserva garantida ao cônjuge não recai, necessariamente, sobre a mesma legítima dos descendentes com quem concorre. Uma vez que se

<sup>230</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 234, onde cita José Ascensão.

<sup>231</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. pp. 144-145.

<sup>232</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. pp. 227-228.

<sup>233</sup> NERY JR., Nélon; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 806.

<sup>234</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Controvérsias da Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil?*. p. 212. 1847) e,

entenda que, no regime de comunhão parcial de bens, o cônjuge herdeiro sucederá somente quanto aos bens particulares do *de cujus*<sup>235</sup> — enquanto os descendentes são chamados à sucessão de todos os bens da herança — a meação do cônjuge falecido não poderia integrar a base de cálculo da reserva mínima do cônjuge sobrevivente.

Assim, de acordo com esta doutrina, ainda que o autor da herança tenha falecido *ab intestato*, os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente — e, por sua vez, a reserva da quarta parte da herança — não incidiriam sobre a totalidade da herança, mas apenas sobre os bens particulares deixados pelo *de cujus*.

Por todo o exposto, a reserva da quarta parte, quando cabível, contribuiria para assegurar ao cônjuge, sem exageros, a proteção necessária para a garantia de sua sobrevivência com dignidade, em padrões próximos aos de que desfrutava junto ao seu falecido consorte.

### 3.3 A Hipótese de Prole Híbrida do Autor da Herança

É inequívoca a incidência da reserva mínima da quarta parte ao cônjuge sobrevivente quando concorrer com seus descendentes, o que não ocorrerá se concorrer com descendentes exclusivos do *de cujus*. Mas qual será o modo de partilha no caso de serem chamados a herdar, simultaneamente, descendentes *comuns* aos cônjuges e descendentes *exclusivos* do autor da herança — em total de quatro ou mais descendentes — todos em concorrência com o cônjuge supérstite?<sup>236</sup>

O legislador não abordou esta hipótese no Código Civil, deixando de lhe dar solução explícita em caso de numerosa prole híbrida,<sup>237</sup> e a doutrina diverge diante da omissão da lei.<sup>238,239</sup>

<sup>235</sup> Conforme o Enunciado 270 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, em dezembro de 2004.

<sup>236</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 225.

<sup>237</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 226.

<sup>238</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 119.

“E é bastante curioso, até, observa-se essa lacuna deixada pela nova Lei Civil, uma vez que em nosso país, situação descrita<sup>239</sup> pelo artigo 241, comunis sima, envolve a regra, dada a sua natureza excepcional, merece interpretação restritiva. Assim, em havendo descendentes comuns e exclusivos do sucedendo, o cônjuge não estaria na “situação peculiar” a que a lei condiciona o direito à reserva. Em seguida, o autor afasta a opinião de autores portugueses sobre dispositivo semelhante presente naquele sistema, pois — tal como visto *supra* — o Código Civil português “não condiciona o reconhecimento da fração mínima do cônjuge à circunstância de ser ele ascendente dos co-herdeiros”.<sup>243</sup> A aplicação da regra geral de divisão por cabeça, nestas situações, é sustentada por diversos autores.<sup>244,245,246,247,248</sup> De toda forma, ANA LUIZA MAIA

<sup>239</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 163.

<sup>240</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 225.

<sup>241</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 163.

<sup>242</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. p. 114.

<sup>243</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 119.

<sup>244</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 164.

<sup>245</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 179.

<sup>246</sup> GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. p. 203.

<sup>247</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 130.

NEVARES admite que, diante do dispositivo codificado, ambos os posicionamentos são possíveis, e vislumbra com clarividência que:

“Esta dualidade de acarreta rá inúmera *vexata quaestio*, cujas soluções apresentadas parecem não satisfazer plenamente os interesses conflitantes entre o cônjuge herdeiro e os descendentes do falecido.

HIRONAKA, em louvável estilo doutrinário, analisa as soluções apresentadas e, em seguida, sempre elabora uma terceira solução *conciliatória* que harmonize os interesses de todos os herdeiros envolvidos.<sup>250</sup> A ilustre autora defende que o legislador, ao redigir o artigo 1.832, “não deixa qualquer dúvida acerca da intenção de se dar *tratamento preferencial* ao cônjuge sobrevivente, embora apenas no caso de concorrer com descendentes comuns. Ao definir este paradigma como o *espírito* norteador da lei, entende que tal diretriz deva ser preservada mesmo na hipótese híbrida e, em vista disso, vislumbra três prováveis propostas de solução para o problema.<sup>251</sup>

A 1ª proposta considera todos os descendentes — comuns e exclusivos — como se fossem também descendentes do cônjuge sobrevivente, o que lhe deferiria,

<sup>248</sup> CHELLES, Iagmar Senna. *Direito das Sucessões*. p. 107.

<sup>249</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 164.

<sup>250</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. pp. 225-229.

<sup>251</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. pp. 225-226.

<sup>252</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 226.

então, a reserva mínima da quarta parte. Contudo, tal solução é condenada pelo prejuízo que causa aos herdeiros que não são descendentes do cônjuge, resultado que não iria ao encontro do *espírito* do legislador, embora ficassem garantidos quinhões iguais a todos os descendentes.<sup>253</sup>

A 2ª proposta identifica os descendentes como se todos fossem herdeiros exclusivos do cônjuge falecido. Do mesmo modo que se refutou a proposta anterior, inobserva-se o atendimento da garantia reclamada pelo espírito da norma, pois tal solução, segundo a renomada autora:

“[...]  
fecha os  
olhos a  
uma  
verdade  
natural  
(descen  
dentes

Finalmente, a 3ª proposta adotaria uma solução (também) híbrida, ao se subdividir *proporcionalmente* a herança segundo a quantidade de descendentes de cada grupo (comuns e exclusivos), diante da lacuna da lei.<sup>255</sup> Assim, inicialmente, a herança seria dividida em dois montes, *proporcionalmente* ao número de descendentes de cada um dos grupos. A seguir, cada submonte seria dividido “em tantas quotas quantos fossem os herdeiros desta classe (...), *mais uma*, destinada ao cônjuge que com eles concorre”.<sup>256</sup>

Caso a soma das quotas destinadas ao cônjuge sobreveniente, em cada monte, não alcançasse a reserva mínima garantida pela lei, a divisão deveria ser reorganizada, de forma a se atender ao preceito do legislador. Para tanto, a ilustre autora sugeriu que se abatesse do submonte atribuível aos descendentes *comuns* o

<sup>253</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. pp. 226-227.

<sup>254</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 227.

<sup>255</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 227.

<sup>256</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 228.

quanto fosse necessário para este fim, a ser somado à quota amealhada pelo cônjuge do monte atribuível aos descendentes exclusivos do *de cujus*.<sup>257</sup>

Entretanto, a própria autora admite que tal proposta não conseguiria atender os preceitos legais envolvidos, bem como deixaria de obedecer a imposição legal e constitucional de igualdade material na filiação.<sup>258</sup> Dessa forma, acaba por concluir que “não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo”,<sup>259</sup> não vislumbrando outra solução que atendesse ao ideal do *espírito* da norma.

Do seu modo, SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB também se propõe a solucionar a questão, dividindo a herança, de início, igualmente entre todos os herdeiros. Na porção que compreendesse as quotas do cônjuge e dos descendentes comuns, far-se-ia a redivisão dos quinhões, de forma que a quota do cônjuge sobrevivente alcançasse um quarto *desta porção*, com a redução proporcional dos quinhões dos descendentes comuns. Quanto à evidente desigualdade entre as quotas deferidas aos descendentes comuns e aos descendentes exclusivos, o renomado autor argumenta que “a igualdade está no princípio da operação”.<sup>260</sup> Enquanto os descendentes exclusivos não poderiam ser prejudicados porque não são descendentes do cônjuge supérstite, os descendentes comuns seriam preteridos “por força da redação do art. 1.832, nada mais, uma vez que concorrerão com o cônjuge-ascendente sobrevivente”.<sup>261</sup>

### 3.4 O Princípio Constitucional da Proporcionalidade

Quando da apresentação de suas propostas de solução para o caso de numerosa prole

---

<sup>257</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 228.

<sup>258</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 228.

<sup>259</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 229.

<sup>260</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 96.

<sup>261</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 96.

híbrida — hipótese não prevista expressamente pelo legislador — GISELDA HIRONAKA buscou sempre preservar o que chamou de *espírito* da lei. Com efeito, a ilustre autora defende que a *mens legis* do artigo 1.832 do novo Código Civil “não deixa qualquer dúvida acerca da intenção de se dar *tratamento preferencial* ao cônjuge sobrevivente”,<sup>262</sup> embora apenas no caso em que concorra com descendentes dos quais também seja seu ascendente.

Ao apresentar a última de suas propostas, a renomada autora subdividiu *proporcionalmente* a herança em dois montes, segundo as quantidades de descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cujus*. A busca de uma solução híbrida para o problema — em que os descendentes seguissem sendo tratados diferentemente em relação ao cônjuge sobrevivente — restou, ao final, infrutífera, acabando por concluir-se que “não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo”, sem que se maculasse, também, o *espírito* da norma do artigo 1.832 do CC.<sup>263</sup>

Entretanto, na hipótese de que fosse possível obter-se uma solução matemática para resolver a *vexata quaestio*, com a garantia de que restasse atendido o preceito ideal da lei em reservar a quarta parte do monte ao cônjuge sobrevivente, quando em concorrência com seus descendentes, haveria uma fundamentação jurídica racional que balizasse, de alguma forma, tal solução?

Em sua terceira proposta, GISELDA HIRONAKA refere-se expressamente a uma divisão *proporcional* da herança, conforme o número de descendentes de cada origem. Assim sendo, não seria despropositado afirmar que uma eventual solução matemática encontrada, caso possível, estaria atendendo diretamente ao *princípio da proporcionalidade*, cuja matriz, no direito pátrio, encontra-se na Constituição da República.

---

<sup>262</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 225.

<sup>263</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 229.

BARROSO é um dos autores que mais estimulou a aplicação deste princípio no direito brasileiro. Segundo sua valorosa doutrina, o princípio da proporcionalidade — que, em linhas gerais, mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade<sup>264</sup> — “é um princípio instrumental de interpretação constitucional, dirigido ao intérprete: é uma sobre-norma (*sic*), uma premissa metodológica de aplicação das outras normas”.<sup>265</sup>

Embora não conste expressamente no texto da Constituição, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é tido como princípio constitucional implícito, extraível do princípio da legalidade.<sup>266,267</sup> Seu fundamento tem origem na idéia de devido processo legal substantivo — por influência norte-americana — mas também pode ser considerado inerente ao Estado de direito, ao integrar de modo implícito o sistema como um princípio constitucional não escrito — por inspiração da doutrina alemã.<sup>268</sup>

O princípio da proporcionalidade tem sua aplicação, tradicionalmente, no campo de atuação do Poder Executivo, como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da intervenção do poder público na vida privada dos cidadãos.<sup>269</sup> Porém, segundo o ilustre autor:

“O princípio o pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma em uma determinada situação. Trata-se, pois, de um “valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais” — como o direito de herança (art. 5º, XXX da CRFB/88) — ao funcionar como a

<sup>264</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 224.

<sup>265</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. p. 529.

<sup>266</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. pp. 79-82.

<sup>267</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. p. 24-26.

<sup>268</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 229.

<sup>269</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 229.

<sup>270</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 273.

*medida* com que uma norma deverá ser interpretada, tendo em vista a melhor realização dos fins por ela perseguidos e a conformidade com o sistema no qual se insere, bem como a necessidade de interpretação conforme a Constituição.<sup>271</sup>

As técnicas tradicionais de subsunção do caso concreto à norma aplicável — através dos métodos clássicos de interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica — podem levar a conclusões diversas sobre os mesmos fatos. A doutrina, efetivamente, já se encontra dividida sobre a questão em comento, ora optando pelo cabimento da reserva mínima ao cônjuge sobrevivente, ora desconsiderando-a, nos casos de prole híbrida. Da mesma forma, a utilização do princípio da proporcionalidade — como instrumento de graduação da intensidade das normas jurídicas — pode levar a resultados distintos, dependendo do peso ou da importância atribuída a cada norma pelo intérprete.

De acordo com a *teoria da argumentação*, a fundamentação jurídica deve apresentar não apenas um pressuposto lógico ou moral — como o bom senso e o sentido de justiça pessoal — mas, principalmente, uma argumentação consistente de caráter *jurídico* que a apóie e lhe dê sustentação. Para possibilitar o *controle da motivação* de determinada solução de interpretação, faz-se indispensável a exposição expressa e analítica do raciocínio e da argumentação que conduziram o intérprete àquela conclusão, refutando-se, assim, quaisquer soluções arbitrárias ou voluntaristas. O exame da argumentação desenvolvida permite, em última análise, a verificação da legitimidade da solução e a possibilidade de universalização dos critérios adotados na conclusão, ao transformá-la em *fórmula geral* para todas as situações semelhantes. Essa busca pela *objetividade* quanto ao desenvolvimento dos argumentos de interpretação afasta a discricionariedade do hermeneuta e evita voluntarismos e soluções *ad hoc*

---

<sup>271</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 373.

construídas casuisticamente pelo julgador, quando de sua decisão para o caso concreto enfrentado.<sup>272</sup>

Como bem asseverou ARNALDO RIZZARDO, o objetivo do legislador foi garantir certa porção da herança ao cônjuge que teve filhos com o falecido.<sup>273</sup> Na construção da melhor solução para o *hard case* em tela, o intérprete deverá atender a esta *ratio legis* para todos os casos, o que implica, irremediavelmente, a preservação das duas regras insertas no artigo 1.832 do novo Código Civil — uma vez que o *espírito* da lei não poderia restar maculado por nenhuma solução encontrada. Por sua vez, o princípio da proporcionalidade — combinado com o princípio da interpretação conforme a Constituição — pode funcionar como a *justa medida* de aplicação de qualquer norma na dosagem dos efeitos das regras.<sup>274</sup>

### 3.5 Uma Sugestão de Solução Matemática

Anteriormente, foram apresentadas algumas soluções da doutrina para a inédita problemática da partilha da herança entre o cônjuge supérstite e os descendentes do *de cujus* de origem híbrida. Enquanto um entendimento da doutrina favorece o cônjuge com o deferimento da reserva mínima da quarta parte em todos os casos em que subsista um descendente comum aos consortes, outra corrente de autores segue o sentido contrário, afastando a incidência da garantia em favor do cônjuge caso haja algum descendente exclusivo do falecido na sucessão,<sup>275</sup> de forma a não se desigualar os quinhões dos descendentes.

Efetivamente, tais posições doutrinárias não lograram preencher satisfatoriamente a lacuna legal do artigo 1.832, *in fine*, do Código Civil, dado que o *espírito* norteador

---

<sup>272</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. pp. 362-365.

<sup>273</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 179.

<sup>274</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 386.

<sup>275</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 163-164.

da lei — que garante porção mínima da herança ao cônjuge sobrevivente ante os filhos que teve com o falecido — não restou cumprido por nenhuma das soluções então apresentadas.<sup>276</sup>

Na tentativa de se elaborar uma solução conciliatória entre os interesses de todos os herdeiros envolvidos, GISELDA HIRONAKA e SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB apresentaram diferentes propostas que partiam da necessidade de divisão proporcional da herança entre os descendentes comuns e descendentes exclusivos do *de cujus*. Entretanto, ambos os autores não lograram êxito ao final, por distintas razões.

GISELDA HIRONAKA intentou dividir empiricamente a herança em dois montes, proporcionalmente ao número de descendentes de cada origem, de modo que cada grupo de descendentes (comuns e exclusivos) concorresse, em igualdade de condições com o cônjuge sobrevivente, somente quanto ao seu respectivo submonte. No entanto, a própria autora reconhece que, após o ajustamento das quotas dos descendentes comuns em face do cônjuge — no intuito de se atingir a sua reserva mínima — seria inevitável, ao final, a desigualdade entre os quinhões dos descendentes.<sup>277</sup>

Por seu lado, SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB repartiu igualmente a herança em tantas frações quantos fossem os herdeiros do *de cujus*. Ao destacar a parcela da herança que compreenderia as quotas ideais dos descendentes comuns e do cônjuge sobrevivente, ajustou seus quinhões de forma que ao cônjuge restasse, ao final, um quarto desta porção. Da mesma forma que no caso anterior, observa-se a desigualdade final entre os quinhões dos descendentes, embora o ilustre autor tenha apontado que a igualdade residiria no “princípio da operação”.<sup>278</sup>

De acordo com o princípio de isonomia fundado no artigo 227, § 6º, da CRFB/88 — e

---

<sup>276</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. pp. 226-227.

<sup>277</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. pp. 227-228.

<sup>278</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. p. 96.

reproduzido nos arts. 20, da Lei nº 8.069/90, e 1.596, do CC — não há como se cogitar a possibilidade de distinção de direitos na filiação,<sup>279</sup> inclusive na seara sucessória,<sup>280</sup> vedação que também se estende aos demais descendentes do autor da herança (art. 1.834 do CC).<sup>281,282</sup> Destarte, é inviável qualquer solução que resulte na desigualdade de quinhões para os descendentes na sucessão, mormente com base em discriminações de origem, eis que iria de encontro a um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, IV, da CRFB/88).

Dada esta igualdade material entre os descendentes de mesmo grau, independentemente de suas origens, não se deve distinguir os descendentes *entre si*, dividindo-os, discricionariamente, em dois grupos de herdeiros, sob o risco de se desigualar os seus quinhões ao final da partilha — o que seria ilegal e/ou inconstitucional. SÍLVIO VENOSA considera ilógica qualquer forma de divisão em que existam dois grupos de descendentes — embora, em princípio, também a considere impossível de ser feita.<sup>283</sup>

Desse modo, resta evidente que a distinção quanto à origem dos descendentes deve servir, tão-somente, para relacioná-los com o cônjuge supérstite, quando do cálculo de seu quinhão — a fim de fazer incidir, ou não, a reserva mínima da quarta parte em seu favor. Outrossim, não poderia o cônjuge herdeiro receber uma quota, concomitantemente, em cada submonte da herança, eis que se configuraria o *bis in idem* na concorrência com os descendentes do *de cujus*.

GISELDA

HIRONAKA e SÍLVIO VENOSA não vislumbram solução matemática possível que atendesse ao espírito da lei, embora entendam que a diretriz da

<sup>279</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 130.

<sup>280</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. p. 233.

<sup>281</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 228.

<sup>282</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. pp. 96-97.

<sup>283</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. p. 114.

parte final do artigo 1.832 do Código deva ser preservada mesmo na hipótese de prole híbrida do *de cujus*.<sup>284,285,286</sup>

Como bem observou ARNALDO RIZZARDO, o objetivo do legislador foi garantir certa porção da herança ao cônjuge que teve filhos com o falecido.<sup>287</sup> Tendo em vista que esta *ratio legis* deve manter-se atendida em todos os casos, o princípio constitucional da proporcionalidade pode funcionar como instrumento da *justa medida* de aplicação do artigo 1.832 do Código Civil, por meio da dosagem dos efeitos das duas regras insertas no texto do referido dispositivo.<sup>288</sup>

Posto isso, será doravante apresentada uma sugestão de solução matemática que buscaria atender às exigências acima, fundamentada racional e juridicamente com esteio na doutrina precedente e cuja *fórmula geral* se prestaria a solucionar o universo de casos de numerosa prole híbrida — quando o cônjuge supérstite concorre com mais de três descendentes do *de cujus*, havendo simultaneamente descendentes exclusivos do falecido e descendentes comuns aos cônjuges.

A partir das propostas de GISELDA HIRONAKA e SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB, tem-se que uma solução *proporcional* deverá assegurar a reserva da quarta parte ao cônjuge supérstite *em relação à porção da herança destinada a si e aos seus descendentes com o falecido*, sem fazê-la incidir sobre a parcela do monte destinada aos descendentes exclusivos do *de cujus*, ao mesmo tempo em que pressuponha — do início ao fim da operação, se possível — a *igualdade* entre os quinhões dos descendentes.

Visto que a herança é una, só poderia haver, em teoria, uma única configuração

---

<sup>284</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. pp. 225-226, 229.

<sup>285</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. p. 114.

<sup>286</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil?. p. 213.

<sup>287</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 179.

<sup>288</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 386.

matemática de partilha em que tais premissas restariam plenamente atendidas — ou seja, onde os quinhões dos descendentes sejam iguais e o quinhão do cônjuge corresponda a um quarto da porção da herança que esteja partilhando com os descendentes comuns. Logo, pretender encontrar esta configuração *única* repartindo-se discricionariamente a herança é uma tentativa casuística e certamente infrutífera, embora considere o emprego do critério de proporcionalidade que tão bem procura atender ao *espírito* da norma em apreço.

Portanto, não se poderia dividir *arbitrariamente* a herança em dois montes, uma vez que não seria possível determinar-se, *a priori*, que fração da herança cada submonte teria de compreender a fim de que, ao se proceder à aplicação da regra especial de partilha do artigo 1.832 do CC, os quinhões de cada descendente resultassem sempre iguais.

Vale observar, ainda, que o quinhão do cônjuge herdeiro deverá ser, no mínimo, igual ao dos descendentes do *de cujus*, haja vista a regra geral de divisão igualitária contida na primeira parte do art. 1.832 do Código.

Assim, a equação matemática que modelaria o fenômeno sucessório em comento é:

$$H = (n_{de} \times D) + (n_{dc} \times D) + C, \text{ onde:} \quad (1)$$

**H** é o total da herança;

**n<sub>de</sub>** é o número de descendentes exclusivos;

**n<sub>dc</sub>** é o número de descendentes comuns;

**D** é o quinhão deferido a cada descendente; e

**C** é o quinhão deferido ao cônjuge supérstite.

Note-se, de plano, que cada descendente de mesmo grau, comum ou exclusivo, receberá exatamente a *mesma quota* de herança, não importando a quantidade de herdeiros de cada origem chamados a suceder ao falecido. Em caso de sucessão por direito de representação, a estirpe deverá contar por um

descendente de mesmo grau do representado, em consonância com o art. 1.854 do CC.

Atendida a premissa de igualdade entre os descendentes, deve-se proceder à incidência da regra especial do art. 1.832, conforme a medida demandada pelo princípio da proporcionalidade. Logo, o quinhão do cônjuge sobrevivente não poderá ser maior que  $\frac{1}{3}[(n_{dc} \times D) + C]$  (2)

Tem-se, pois, um sistema de duas equações, com duas incógnitas (**D** e **C**), visto que as demais variáveis (**H**, **n<sub>de</sub>** e **n<sub>dc</sub>**) serão previamente conhecidas do operador do direito.

Como **C** está presente nos dois lados da segunda equação, ainda não é possível precisar a fórmula de seu valor. Assim, multiplicando-se por quatro ambos os lados da igualdade e reduzindo-se algebricamente a equação (2), obtém-se:

$$C = \frac{1}{3} (n_{dc} \times D) \text{ ou } C = (n_{dc} / 3) \times D \quad (3)$$

Substituindo-se esta última equação na primeira, resulta a seguinte fórmula que permitirá o cálculo do quinhão dos descendentes na herança:

$$D = 3 [1 / (3n_{de} + 4n_{dc})] \times H \quad (4)$$

O quinhão do cônjuge supérstite pode ser obtido da equação (3), em função do quinhão do descendente, ou diretamente pela fórmula  $C = (n_{dc} / 3) \times H$  (5)

A partir da observação das equações (4) e (5), percebe-se um fator comum presente em ambas as fórmulas. Com efeito, o denominador **(3n<sub>de</sub> + 4n<sub>dc</sub>)** pode ser interpretado como o número pelo qual a herança poderia ter sido inicialmente dividida, de forma que cada descendente receberia três vezes a fração então obtida, enquanto o cônjuge sobrevivente receberia **n<sub>dc</sub>** vezes este valor. Note-se que este número não coincide com o total de descendentes, comuns ou exclusivos, do autor da herança. Assim, as fórmulas (4) e (5) — ou a combinação de uma delas com a equação (3) —

seriam suficientes para a solução dos casos de concorrência do cônjuge com descendentes do *de cujus* de origem híbrida. Contudo, resta a análise de uma importante limitação trazida pela regra geral do art. 1.832 do CC.

Como o quinhão do cônjuge deverá ser, no mínimo, equivalente ao dos descendentes, a partir da equação (3) é possível deduzir que:

$$n_{dc} \geq 3 \quad (6)$$

Esta condição significa que as fórmulas obtidas só terão validade quando o número de descendentes comuns for igual ou maior que *três*. Caso contrário, o valor calculado para o quinhão do cônjuge herdeiro seria sempre menor que o do descendente, o que não se pode admitir, como visto *supra*. Nestes casos, a partilha da herança seguiria a regra geral de divisão igualitária entre todos os herdeiros.

De fato, a presente solução matemática considera que a reserva mínima da quarta parte em favor do cônjuge só tem cabimento ante os seus descendentes com o falecido.<sup>289</sup> Para tanto, o número destes descendentes comuns não pode ser menor que três, já que nesta hipótese o cônjuge decerto teria de receber mais de um quarto da porção da herança que está partilhando com tais descendentes, tornando inapropriada a aplicação das fórmulas obtidas.

Em suma, a partir das premissas inicialmente aduzidas, a presente solução matemática só se faz mister nos casos em que a prole híbrida tenha *pelo menos quatro descendentes comuns* aos cônjuges — muito embora as fórmulas gerem resultados válidos quando este número foi igual a três, caso em que os quinhões de todos os herdeiros serão iguais. Nas demais hipóteses de prole híbrida, cada herdeiro receberia um quinhão de mesmo valor, inclusive o cônjuge, eis que sua garantia mínima à quarta parte restaria sempre atendida.

---

<sup>289</sup> HIRONAKA, Giselda Maria. In: AZEVEDO, Antônio (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. p. 224.

### 3.6 A Eventual Partilha entre o Cônjuge e o Companheiro

Anteriormente, observou-se que seria possível a hipótese de chamamento simultâneo do companheiro sobrevivente e do cônjuge separado de fato à sucessão do *de cujus*, embora haja respeitável entendimento em contrário.<sup>290</sup>

Na verdade, não há expressamente uma previsão legal de concorrência entre o cônjuge e o companheiro, quando ambos possuam legitimação para suceder na herança do falecido. Por isso, os poucos autores que abordam esta questão divergem sobre como se daria a partilha de bens entre estes herdeiros.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA detecta uma “zona de conflito” criada pelos artigos 1.790 e 1.838 do novo Código Civil. Por uma interpretação literal, o cônjuge, *não sendo parente do de cujus*, não poderia concorrer com o companheiro na forma do inciso III do art. 1.790 do CC. Assim, como os artigos 1790, IV, e 1.838 conferem a totalidade da herança ao companheiro e ao cônjuge sobreviventes, respectivamente, este conflito de dispositivos ensejaria a hipótese de concorrência entre ambos, como forma de se “conseguir interpretação que assegure solução justa e que não se choque à sistemática imaginada pela nova legislação”.<sup>291</sup>

“A solução parece a mais lógica. Se o legislador, Entretanto, como solução para a partilha, o ilustre autor sugere a interpretação extensiva da expressão *parentes sucessíveis* do art. 1.790, incisos III e IV, do CC, de forma a abranger qualquer pessoa beneficiada pelas regras da sucessão

<sup>290</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 159-160.

<sup>291</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. pp. 216-217.

<sup>292</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 217.

legítima do art. 1.829, ou seja, incluindo-se também o cônjuge herdeiro sobrevivente. Se assim não fosse, haveria a possibilidade de um parente colateral receber antes do cônjuge, “numa completa inversão da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do novo Código”.<sup>293</sup> O companheiro fica, nessa hipótese, com direito a *um terço* dos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável.<sup>294</sup>

“Se, em  
havendo  
colatera  
is, o  
convive  
nte  
recolher  
na, um  
terço, da  
herança,  
não se  
justifica  
que  
recolha  
mais, se  
condorr  
será com  
perfeite,  
mente  
possível  
superior  
chamam  
onde  
conjunt  
do  
vocação  
herança  
na, da  
compan  
goza o  
sobrevi  
ventes  
em  
igualda  
de IV do  
condiçõ  
es, a  
respeito  
dos  
bens  
adquiri  
do CC)  
o (art.  
1.790  
do CC)

GUILHERME

CALMON NOGUEIRA DA GAMA também vislumbra a excepcional hipótese de concorrência entre cônjuge e companheiro supérstites, explicitando, ainda, o campo de incidência desses direitos concorrentes, mas defendendo a partilha *igualitária* entre ambos sobre esta porção restrita da herança:

“Se, em  
havendo  
colatera  
is, o  
convive  
nte  
recolher  
na, um  
terço, da  
herança,  
não se  
justifica  
que  
recolha  
mais, se  
condorr  
será com  
perfeite,  
mente  
possível  
superior  
chamam  
onde  
conjunt  
do  
vocação  
herança  
na, da  
compan  
goza o  
sobrevi  
ventes  
em  
igualda  
de IV do  
condiçõ  
es, a  
respeito  
dos  
bens  
adquiri  
do CC)  
o (art.  
1.790  
do CC)

MÁRIO LUIZ

DELGADO RÉGIS, por sua vez, observa uma aparente antinomia entre o art. 1.830 e o art. 1.790, IV, do Código Civil, na ausência de descendentes, ascendentes ou outros parentes sucessíveis — lembrando, também, que o cônjuge não é parente do falecido.<sup>297</sup> Segundo seu entendimento, o disposto no inciso IV do art. 1.790 deve prevalecer por se tratar de norma especial em relação ao art. 1.830 do CC. Dessa forma, os

<sup>293</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 217.

<sup>294</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 217.

<sup>295</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 217.

<sup>296</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil – Sucessões*. p. 132.

<sup>297</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Controvérsias em Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil?*. p. 218.

direitos sucessórios do cônjuge e o do companheiro *não coincidiriam* sobre os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, os quais seriam deferidos somente ao companheiro sobrevivente. Quanto ao cônjuge supérstite, seus direitos sucessórios só alcançariam os bens adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável, de modo a se compatibilizar os artigos 1.790, 1.829 e 1.830 do novo Código.<sup>298</sup>

Por fim, como última hipótese de concorrência entre o cônjuge e o companheiro, talvez seja possível defender que, na ausência de outros parentes sucessíveis, o companheiro sobrevivo herdaria, em igualdade de condições com o cônjuge, sobre a totalidade *da herança* — e não somente quanto aos bens adquiridos onerosamente durante sua união com o falecido. Com fulcro em uma interpretação combinada dos artigos 1.790, IV, 1.838 e 1.844 do Código Civil, pode-se argumentar que o Estado não arrecadaria a herança na presença de companheiro como único herdeiro — que então ameaharia todos os bens<sup>299</sup> — e, por outro lado, o cônjuge sobrevivente só receberia a herança por inteiro como herdeiro de terceira classe, o que não teria o condão de afastar o companheiro da vocação sucessória disposta no art. 1.790 do CC.

Como se vê, a valorosa doutrina acima exposta só tratou da eventual concorrência entre o cônjuge e o companheiro sobrevividos na ausência de outros herdeiros, não se falando, em momento algum, da possibilidade de concorrência simultânea de ambos com os descendentes do *de cujus*.

Não vem a propósito, neste estudo, analisar a partilha na sucessão concorrente entre o companheiro e os descendentes do autor da herança. Porém, a título ilustrativo e tendo em vista todo o arcabouço jurídico exposto anteriormente acerca da partilha entre o cônjuge e os descendentes do falecido, também é

---

<sup>298</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil?. pp. 218-219.

<sup>299</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 156.

possível desenvolver-se, *mutatis mutandis*, uma solução matemática para a hipótese de prole híbrida do *de cujus* na sucessão concorrente do *companheiro*, cuja problemática é trazida pelos incisos I e II do artigo 1.790 do novo Código Civil.

A partir do dilema entre atribuir-se uma quota ao *companheiro* que seja igual (inciso I) ou equivalente à metade (inciso II) daquela deferida a cada descendente, de acordo com a sua origem, uma possível solução *proporcional* para este problema também levaria em conta a quantidade de descendentes comuns e exclusivos do *de cujus*. Assim, o quinhão do *companheiro* sobrevivente poderia ser obtido pela *média ponderada* entre os valores relativos das quotas previstas nos incisos, de modo a se considerar o *peso* de cada grupo de descendentes no cálculo da quota resultante do *companheiro*, ao mesmo tempo em que restaria assegurada a *igualdade* entre os quinhões dos descendentes.

Identicamente, a equação matemática que modelaria este fenômeno é:

$$H = (n_{de} \times D) + (n_{dc} \times D) + C \quad (7)$$

Neste caso, *C* é o quinhão deferido ao *companheiro* sobrevivente.

A *média ponderada* nada mais é do que uma média aritmética na qual cada valor se encontra ponderado de acordo com sua importância no grupo total. No caso em tela, o valor relativo de cada quota (1 e ½) deve ser multiplicado pelo respectivo fator de ponderação ou *peso* (*n<sub>dc</sub>* e *n<sub>de</sub>*), para que, em seguida, a soma desses produtos seja dividida pela soma dos pesos.

Dessa forma, a média ponderada entre os valores relativos das quotas dos incisos I e II do art. 1.790 do CC é  $C = [(n_{dc} + n_{de} / 2) / (n_{dc} + n_{de})] \times D$ , ou

$$C = [(2n_{dc} + n_{de}) / (2n_{dc} + 2n_{de})] \times D \quad (8)$$

O fator entre colchetes pode ser interpretado como a resultante da contribuição de cada

grupo de descendentes (comuns e exclusivos) no cálculo ponderado do quinhão do companheiro sobrevivivo.

Em vista da complexidade operacional para o cálculo algébrico dos quinhões, recomenda-se que o valor de **C** (em função de **D**), obtido com a aplicação da equação (8) no caso concreto, seja substituído na equação (7). Com a obtenção do quinhão de cada descendente (**D**), pode-se substituir este valor de volta na equação (8), calculando-se, assim, o valor do quinhão do companheiro (**C**).

## Conclusões

A partir da adoção da comunhão parcial como regime legal supletivo de bens, em lugar da comunhão universal, o cônjuge teria ficado mais sujeito à debilidade econômica, caso não se auferissem aqüestos suficientes durante a vigência do casamento — prejudicando, assim, a sua meação.<sup>300</sup> Além disso, o usufruto vidual encerrava uma proteção insuficiente ao cônjuge sobrevivente, pois não lhe garantia uma reserva hereditária em propriedade plena, ao mesmo tempo em que representava um privilégio para o vínculo da consangüinidade, uma vez que não se transmitia com a morte de seu titular.<sup>301,302</sup>

Assim, o novo Código Civil estabeleceu a concorrência sucessória do cônjuge supérstite com descendentes ou ascendentes em propriedade plena, extinguindo o direito de usufruto e ampliando as hipóteses cabíveis do direito real de habitação. No entanto, as novas regras procuram afastar a coincidência entre os direitos do cônjuge sobrevivente à meação e também à herança, na concorrência com os descendentes do *de cujus*, embora nem sempre com os resultados desejados.<sup>303,304</sup>

De fato, mesmo no regime da comunhão universal, podem existir bens comunicáveis (art. 1.668 do CC) que não integrarão a meação do cônjuge. Logo, ainda que esses bens representassem imenso patrimônio, o cônjuge sobrevivente não perceberia qualquer parcela deste monte, em concorrência com os descendentes, pois não seria chamado a suceder ao falecido segundo a regra descrita no art. 1.829, I, do novo Código. Porém, se é cediço que o sobrevivente participa da partilha dos bens particulares quando casado pelo

---

<sup>300</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 178.

<sup>301</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 160.

<sup>302</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. Os Direitos Sucessórios do Cônjuge Sobrevivo. pp. 106-107.

<sup>303</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. p. 113.

<sup>304</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 156.

regime de comunhão parcial, não se justificaria tratamento diverso em caso de comunhão universal cujo patrimônio comum seja inexistente<sup>305</sup> ou de valor ínfimo, mormente em relação aos bens particulares do autor da herança.

Por outro lado, nem sempre o regime de comunhão parcial implicará a existência de patrimônio particular do *de cujus* (art. 1.658 e seguintes do CC). Como bem previu o legislador, se inexistirem bens particulares do falecido no momento da abertura de sua sucessão, o regime patrimonial seria, na prática, equivalente ao da comunhão universal para fins sucessórios, não havendo necessidade de se conceder ao cônjuge meeiro o direito de herança em concorrência com os descendentes.<sup>306</sup> Contudo, a simples existência de bens particulares de ínfimo valor deixados pelo morto não poderia ensejar a vocação do sobrevivente para suceder, *também*, quanto aos bens que compõem a meação do falecido.<sup>307,308</sup>

Assim, caberia à doutrina e à jurisprudência um esforço para a construção de uma interpretação em que fosse preservada a *finalidade* buscada pela nova lei, evitando-se decisões casuísticas que dependessem do exame concreto do valor da herança.<sup>309,310</sup>

Quanto à legitimação sucessória do cônjuge supérstite, deve-se concluir que o artigo 1.830 do novo Código Civil resolveu a controvérsia que havia no sistema anterior — tanto na doutrina, como na jurisprudência — acerca da possibilidade de sucessão do cônjuge casado, mas separado de fato.<sup>311</sup> Contudo, a nova regra também teria apresentado um *retrocesso*, neste caso, ao condicionar a exclusão do cônjuge da sucessão à ausência de culpa na

---

<sup>305</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 224.

<sup>306</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. p. 226.

<sup>307</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. p. 113.

<sup>308</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. *Sucessão Legítima do Cônjuge ou Companheiro no Novo Código Civil*. pp. 114-115.

<sup>309</sup> VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*. p. 113.

<sup>310</sup> TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. *Sucessão Legítima do Cônjuge ou Companheiro no Novo Código Civil*. p. 115.

<sup>311</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 80-87, 158.

separação de fato — o que ensejaria intermináveis discussões judiciais e atentaria contra a própria dignidade das pessoas envolvidas.<sup>312</sup> De todo modo, embora a separação fática firmemente consolidada possa por termo ao regime de comunhão entre os cônjuges — dada a vedação ao enriquecimento sem causa — tal hipótese não mais poderia afastar os direitos sucessórios do sobrevivente, de acordo com a nova disposição legal trazida pelo art. 1.830 do CC.

A legitimação sucessória do cônjuge separado de fato não será facilmente afastada, tampouco, pela superveniência de união estável do *de cujus* com terceira pessoa, uma vez que o direito fundamental de herança vem constitucionalmente garantido no art. 5º, XXX, da CRFB/88. Porém, entendendo-se que a mesma garantia constitucional deve ser aplicada aos direitos sucessórios do companheiro, talvez a melhor solução resida nos argumentos de MÁRIO LUIZ DELGADO RÉGIS, em síntese: os direitos sucessórios do cônjuge e o do companheiro *não coincidiriam* sobre os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável, os quais seriam deferidos ao companheiro sobrevivente; quanto ao cônjuge supérstite, seus direitos sucessórios só alcançariam os bens adquiridos antes do início da união estável, de modo a se compatibilizar os artigos 1.790, 1.829 e 1.830 do novo Código.<sup>313</sup> Acerca da incidência da reserva da quarta parte em favor do cônjuge sobrevivente na partilha — disposta na parte final do artigo 1.832 do Código — o legislador não estabeleceu expressamente uma solução para a hipótese de concorrência com prole híbrida do *de cujus*. Como assevera ARNALDO RIZZARDO, a finalidade da lei consiste em garantir certa porção da herança ao cônjuge que teve filhos com o falecido.<sup>314</sup> Destarte, presumiu o legislador que os descendentes comuns são fruto do *afeto* que houve entre

<sup>312</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. pp. 80-87, 158.

<sup>313</sup> RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Será que Precisamos Mudar o Código Civil?*. pp. 218-219.

<sup>314</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. p. 179.

os cônjuges durante uma união que subsistiu até a morte do autor da herança, o que justificaria a garantia de um quinhão *mínimo* para o sobrevivente quando concorresse com os mesmos descendentes.

A reserva da quarta parte, embora regra de caráter excepcional, não poderia ser afastada em nenhum caso de concorrência entre o cônjuge e os descendentes comuns ao falecido. Além de não ser capaz de satisfazer esta premissa, a interpretação restritiva só seria cabível nas hipóteses em que “a expressão literal da norma precisa ser limitada para exprimir seu verdadeiro sentido”.<sup>315</sup> No artigo em apreço, não parece que o legislador disse mais do que queria dizer, nem menos. Não obstante, quem defende a restrição deste direito poderia estar, em realidade, sugerindo uma interpretação extensiva do texto legal, acrescentando a expressão “todos” antes de “herdeiros” na parte final do art. 1.832, nesses moldes: “não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente de *todos* os herdeiros com que concorrer”.

Como se viu, as técnicas tradicionais de subsunção do caso concreto à norma aplicável podem levar a conclusões diversas sobre os mesmos fatos. Efetivamente, no caso especial de concorrência com *prole híbrida* do falecido, a doutrina se divide quanto à melhor solução para a partilha dos bens da herança, ora concedendo ao cônjuge a garantia à reserva mínima, ora negando-lhe este direito,<sup>316</sup> em virtude da imposição constitucional de isonomia na filiação.

As soluções extremas podem ser injustas para uma das partes e dificultar a tomada de decisões equânimes no mundo jurídico. Por isso, as questões polêmicas devem ser resolvidas também pelo legislador, com a promulgação de *nova lei* que esclareça qual o verdadeiro direito e deixe de fomentar as possíveis divergências que ensejariam novos litígios.

---

<sup>315</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 121.

<sup>316</sup> NEVARES, Ana Luíza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. p. 163.

Contudo, na situação peculiar de prole híbrida numerosa, mesmo que o legislador venha a alterar a redação do artigo 1.832 do Código Civil, ou supra a lacuna por meio de futura disposição legal específica, o problema persistirá para todas as sucessões abertas durante a vigência das regras atuais. Com efeito, por força do artigo 1.787 do Código, a sucessão deve reger-se pela *lei vigente ao tempo de sua abertura*. Logo, nenhuma lei superveniente ao óbito do autor da herança poderá modificar os direitos sucessórios de seus herdeiros.

Por isso, faz-se mister encontrar uma solução conciliatória que tente resolver definitivamente esta *vexata quaestio* deixada pelo legislador nacional. Como tampouco há jurisprudência formada sobre a problemática em comento, sugeriu-se uma *possível solução matemática*, com respaldo na doutrina previamente estudada, que fosse capaz de compatibilizar e harmonizar os interesses conflitantes de todos os herdeiros envolvidos.

Asseverou-se que qualquer solução matemática deveria pressupor a *igualdade* dos quinhões de *todos* os descendentes, e não apenas entre aqueles de mesma origem. Em seguida, argumentou-se que a aplicação do *princípio constitucional da proporcionalidade* poderia assegurar o atendimento do *espírito* da norma, concedendo-se a reserva da quarta parte ao cônjuge supérstite *em relação à porção destinada a si e aos seus herdeiros* — ou seja, quanto à parcela da herança deferida aos descendentes comuns e ao próprio cônjuge ascendente deles — sem fazê-la incidir sobre a parcela destinada aos descendentes exclusivos do *de cujus*.

Assim, as equações desenvolvidas que determinariam os quinhões de todos os herdeiros seriam:  $D = 3 [1/ (3n_{de} + 4n_{dc})] \times H$  (4)

$$C = n_{dc} [1/ (3n_{de} + 4n_{dc})] \times H \quad (5)$$

Onde:

**H** é o total da herança;

**n<sub>de</sub>** é o número de descendentes exclusivos;

$n_{dc}$  é o número de descendentes comuns;

$D$  é o quinhão deferido a cada descendente; e

$C$  é o quinhão deferido ao cônjuge supérstite.

A aplicabilidade

das fórmulas estará limitada, contudo, à seguinte condição:

$$n_{dc} \geq 3 \quad (6)$$

Esta condição

significa que as fórmulas obtidas só terão validade quando o número de descendentes comuns for igual ou maior que *três*. Caso contrário, o valor calculado para o quinhão do cônjuge herdeiro seria sempre menor que o do descendente, o que não se pode admitir. Nestes casos, a partilha da herança seguiria a regra geral de divisão *igualitária* entre todos os herdeiros.

Portanto, a

presente solução matemática só se faz mister nos casos em que a prole híbrida tenha *pelo menos quatro descendentes comuns* aos cônjuges — muito embora as fórmulas gerem resultados válidos quando este número foi igual a três, caso em que os quinhões de todos os herdeiros serão iguais. Nas demais hipóteses de prole híbrida, cada herdeiro receberia um quinhão de mesmo valor, inclusive o cônjuge, eis que sua garantia mínima à quarta parte restaria sempre atendida.

A seguir, são

apresentadas duas tabelas de valores dos quinhões de cada descendente e do cônjuge, respectivamente, para vários casos de concorrência com prole híbrida:

| d | Ndc | Nde    |        |        |        |        |        |       |       |       |       |
|---|-----|--------|--------|--------|--------|--------|--------|-------|-------|-------|-------|
|   |     | 1      | 2      | 3      | 4      | 5      | 6      | 7     | 8     | 9     | 10    |
|   | 3   | 20,00% | 16,67% | 14,29% | 12,50% | 11,11% | 10,00% | 9,09% | 8,33% | 7,69% | 7,14% |
|   | 4   | 15,79% | 13,64% | 12,00% | 10,71% | 9,68%  | 8,82%  | 8,11% | 7,50% | 6,98% | 6,52% |
|   | 5   | 13,04% | 11,54% | 10,34% | 9,38%  | 8,57%  | 7,89%  | 7,32% | 6,82% | 6,38% | 6,00% |
|   | 6   | 11,11% | 10,00% | 9,09%  | 8,33%  | 7,69%  | 7,14%  | 6,67% | 6,25% | 5,88% | 5,56% |
|   | 7   | 9,68%  | 8,82%  | 8,11%  | 7,50%  | 6,98%  | 6,52%  | 6,12% | 5,77% | 5,45% | 5,17% |
|   | 8   | 8,57%  | 7,89%  | 7,32%  | 6,82%  | 6,38%  | 6,00%  | 5,66% | 5,36% | 5,08% | 4,84% |
|   | 9   | 7,69%  | 7,14%  | 6,67%  | 6,25%  | 5,88%  | 5,56%  | 5,26% | 5,00% | 4,76% | 4,55% |
|   | 10  | 6,98%  | 6,52%  | 6,12%  | 5,77%  | 5,45%  | 5,17%  | 4,92% | 4,69% | 4,48% | 4,29% |

| C | Ndc | Nde    |        |        |        |        |        |        |        |        |        |
|---|-----|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
|   |     | 1      | 2      | 3      | 4      | 5      | 6      | 7      | 8      | 9      | 10     |
|   | 3   | 20,00% | 16,67% | 14,29% | 12,50% | 11,11% | 10,00% | 9,09%  | 8,33%  | 7,69%  | 7,14%  |
|   | 4   | 21,05% | 18,18% | 16,00% | 14,29% | 12,90% | 11,76% | 10,81% | 10,00% | 9,30%  | 8,70%  |
|   | 5   | 21,74% | 19,23% | 17,24% | 15,63% | 14,29% | 13,16% | 12,20% | 11,36% | 10,64% | 10,00% |
|   | 6   | 22,22% | 20,00% | 18,18% | 16,67% | 15,38% | 14,29% | 13,33% | 12,50% | 11,76% | 11,11% |
|   | 7   | 22,58% | 20,59% | 18,92% | 17,50% | 16,28% | 15,22% | 14,29% | 13,46% | 12,73% | 12,07% |
|   | 8   | 22,86% | 21,05% | 19,51% | 18,18% | 17,02% | 16,00% | 15,09% | 14,29% | 13,56% | 12,90% |
|   | 9   | 23,08% | 21,43% | 20,00% | 18,75% | 17,65% | 16,67% | 15,79% | 15,00% | 14,29% | 13,64% |
|   | 10  | 23,26% | 21,74% | 20,41% | 19,23% | 18,18% | 17,24% | 16,39% | 15,63% | 14,93% | 14,29% |

Segundo LUIZ

ROBERTO BARROSO, o princípio constitucional da proporcionalidade é, em última análise, um mecanismo de *controle da discricionariedade e da arbitrariedade*. Inequivocamente, trata-se de uma “decorrência natural do Estado democrático de direito e do princípio do devido processo legal”, abrigando os valores de “racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”.<sup>317</sup> Sendo assim, o princípio da proporcionalidade, ao funcionar como instrumento para a justa medida de aplicação de qualquer norma, promove a satisfação de outro princípio constitucional, de dimensão material: o princípio da *justiça*.

Em suma, a sugestão de solução matemática desenvolvida neste trabalho, junto com as tabelas apresentadas, é capaz de atender ao princípio da operabilidade, bem como não permite a violação da isonomia entre os descendentes. Ademais, em vista do conflito de interesses entre todos os herdeiros envolvidos, uma argumentação racional e consistente das possíveis soluções, que sirvam à universalidade dos casos a serem enfrentados, pode afastar os casuísmos jurídicos e facilitar a aceitação das decisões judiciais pelas partes e, por conseguinte, pela sociedade.

<sup>317</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. pp. 245, 372-373.

## BIBLIOGRAFIA

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: Parte especial: do direito das sucessões*. Vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. 283 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões*. Volume XXI. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 854 p.

GOZZO, Débora; VENOSA, Silvio de Salvo. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das sucessões*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 460 p.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado: volume XVIII*. São Paulo: Atlas, 2003. 312 p.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 661 p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. 222 p.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 3ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003. 441 p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003*. 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1790 p.

CHELLES, Iagmar Senna. Da ordem da vocação hereditária. *In*: GHIARONI, Regina (Coord. Geral). *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 2004. pp. 95-121.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 89-104.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Sucessão legítima do cônjuge ou companheiro no novo código civil. *Novo Código Civil – Doutrinas (III)*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, ano IV, nº 22, pp. 112-115, mar./abr. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. Volume VI. 15ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 454 p.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 248 p.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Volume 7. 26ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2003. 342 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. Volume 7. 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2004. 432 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.