

## Sucessão do cônjuge no novo código civil

ZENO VELOSO

No palco em que se desenrolam as relações jurídicas da sucessão legítima, um personagem ganhou papel de grande destaque, podendo-se afirmar que é a figura mais realçada (e beneficiada). Trata-se do cônjuge sobrevivente, que o novo Código Civil privilegia e enaltece.

Pelo Código Civil de 1916 – que entrou em vigor em 1917, e deixou de vigorar no dia 10 de janeiro de 2003 –, os herdeiros necessários, também chamados obrigatórios, legitimários, reservatários, eram, apenas, os descendentes e os ascendentes. Cônjuge e colaterais eram herdeiros legítimos, mas não necessários, tanto assim que o art. 1.725 do aludido Código previa: “Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar”.

Na forma do art.1611, caput, do Código Civil de 1916, ocupava o cônjuge a terceira classe dos sucessíveis: seria chamado à sucessão do falecido se este não deixou descendentes ou ascendentes, e se, ao tempo da abertura da sucessão, não estava dissolvida a sociedade conjugal, isto é, se o casal não estava separado judicialmente ou divorciado.

Para melhorar a situação do cônjuge sobrevivente (especialmente a das mulheres, das viúvas, que, tendencialmente, há mais viúvas que viúvos), a Lei nº 4.121, de 27.8.1962 (Estatuto da Mulher Casada), introduziu dois parágrafos no citado art. 1.611.

O § 1º editava que o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houvesse filhos embora sobrevivessem ascendentes (pais, avós, bisavós, etc.) do de cujus.

Entretanto, considerando que o usufruto vidual tinha um caráter assistencial e protetivo, objetivando evitar, principalmente, que o cônjuge supérstite ficasse desamparado, não ocorrendo necessidade da utilização deste usufruto, se tivesse havido comunicação de bens no casamento, ainda que o regime não fosse o da comunhão universal, os tribunais deram uma interpretação construtiva ao § 1º do art. 1.611, afastando-se da expressão literal do preceito, estabelecendo que, embora o casamento se tenha realizado sob outro regime, diverso do da comunhão universal, o cônjuge sobrevivente não teria direito ao favor legal se, por alguma razão, houvesse comunicação de bens na constância do casamento (comunicação de aqüestos). Houve precedentes, neste sentido, restringindo o alcance do benefício legal, tanto no STF (RTJ, 110/808) quanto no STJ (RSTJ, 64/210). Firmou-se o entendimento, também, de que o cônjuge sobrevivente não teria direito ao usufruto vidual, mesmo tendo sido casado sob o regime da separação de bens, se foi contemplado no testamento do falecido com bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto (RT, 713/219).

Se o cônjuge sobrevivente foi casado sob o regime da comunhão universal, previa o § 2º do citado art. 1.611, enquanto vivesse (é óbvio!) e permanecesse viúvo, exerceria – sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança – o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem desta natureza a inventariar. Como observam Francisco José Cahali e Giselda Hironaka (Curso Avançado de Direito Civil, RT, SP, 2000, p. 234), da mesma forma que o usufruto, a habitação deferida em favor do viúvo é um direito personalíssimo e resolúvel, extinguindo-se com a morte do titular, ou com a constituição, por ele, de nova família: “Os titulares da herança serão condôminos do viúvo, que também tem a propriedade em razão da meação, não do direito sucessório, entretanto, não poderão reclamar a posse direta, nem tampouco cobrar o aluguel proporcional do imóvel, em razão do direito real de habitação, enquanto este subsistir”.

É dentro desta moldura que se apresentava o direito sucessório do cônjuge, e estas soluções legais, com a interpretação ditada pela jurisprudência, aplicar-se-ão às sucessões que foram abertas até a data da entrada em vigor do novo Código Civil, que prevê, expressamente, no art. 2.041: “As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916)”.

Outro, bem diferente, é o panorama que se vê no Código Civil de 2002, como vou indicar, abreviadamente.

A inovação mais importante, sem dúvida, está no art. 1.845. Seguindo uma tendência universal, pelo menos dos povos ocidentais (v. g. Argentina, Suíça, Espanha, Itália, Portugal), são considerados herdeiros necessários não só os descendentes e ascendentes, mas,

igualmente, o cônjuge sobrevivente. E, na forma do art. 1.846, pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. Os herdeiros necessários não podem ser afastados pelo arbítrio do autor da sucessão. É defeso ao testador limitar, diminuir, onerar, gravar, ou, muito menos, suprimir a legítima dos herdeiros necessários, salvo caso de deserdação (art. 1.961 e s.). As cláusulas restritivas da legítima, francamente permitidas pelo art. 1.723 do CC de 1916, são admitidas com muitas reservas no art. 1.848 do Código Civil de 2002.

A ordem da sucessão hereditária está indicada no art. 1.829 do novo Código Civil. Em primeiro lugar, são chamados os descendentes, tal como ocorria no Código anterior, art. 1.603. Mas, pelo art. 1.829, I, do novo Código os descendentes concorrem com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Como se vê, o cônjuge ocupa, sozinho, a terceira classe dos sucessíveis, mas concorre com os herdeiros da primeira classe. Porém, a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do de cujus vai depender do regime de bens do casamento.

Em regra, não há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido, se o regime de bens era comunitário. O legislador considera que, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não há razão para que seja, ainda, herdeiro, disputando com filhos ou outros descendentes do morto. Mas a regra tem exceção: haverá a concorrência entre cônjuge e descendentes do de cujus se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança deixou bens particulares. Por exemplo, se já possuía bens ao casar, ou lhe sobrevieram bens, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar (art. 1.659, I).

Admitida a concorrência, na hipótese acima exposta, o cônjuge terá a sua quota calculada sobre todo o espólio ou, somente, com relação aos bens particulares deixados pelo falecido?

Penso que a última solução deve ser seguida. A concorrência do cônjuge com os descendentes, se o casamento regeu-se pela comunhão parcial, já é uma situação excepcional, que, portanto, tem de receber interpretação restritiva. E, diante de um quadro em que o cônjuge aparece bastante beneficiado, não há base ou motivo, num caso de dúvida, para que se opte por uma decisão que prejudica os descendentes do de cujus, que, ademais, têm de suportar – se for o caso – o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, de que o cônjuge é titular, observado o art. 1.831.

Mas há respeitáveis opiniões em contrário, como a de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Hirónaka (Curso Avançado de Direito Civil, RT, São Paulo, 2000, v. 6, p. 247), para quem, no caso apontado – regime da comunhão parcial deixando o falecido bens particulares –, a participação do cônjuge sobrevivente é sobre todo o acervo.

No caso de o cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes (art. 1.829, I), caberá a ele quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça: se o falecido deixou dois filhos e o cônjuge, a herança será dividida em três partes iguais. Entretanto, o art. 1.832, segunda parte, estatui que a quota do cônjuge não pode ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Neste caso, a repartição da herança, por cabeça, não vai prevalecer, se o falecido deixou quatro ou mais filhos, e o cônjuge sobrevivente fica em posição de supremacia com relação aos próprios filhos do hereditando. Se o de cujus tem quatro filhos, e ao cônjuge sobrevivente está reservada, pelo menos, a quarta parte da herança, os quatro filhos repartirão os três quartos restantes.

E se o de cujus possuía filhos com o cônjuge sobrevivente, mas tinha-os, também, com outra pessoa? É hipótese não resolvida, expressamente, no Código. Não é o cônjuge ascendente de todos os herdeiros descendentes do falecido. Acho que, assim sendo, a quota hereditária mínima (1/4) não é cabível, mas, reconheço, o tema abre espaço para outras interpretações e os juízes irão dar a solução.

Dizia o art. 1.606 do Código Civil de 1916 que, não havendo herdeiros da classe dos descendentes, seriam chamados à sucessão os ascendentes. O art. 1.836 do novo Código Civil mantém a ordem, mas inova: os ascendentes são convocados em concorrência com o cônjuge sobrevivente, e, neste caso, sem ressalvas com relação ao regime de bens, ou seja, qualquer que tenha sido o regime de bens do casamento, o cônjuge tem direito de concorrer com os ascendentes do falecido.

Dependendo do grau de parentesco do de cujus com os ascendentes, varia a quota do cônjuge sobrevivente na herança, conforme o art. 1.837: concorrendo com ascendentes em primeiro grau (pai e mãe), ao cônjuge tocará um terço da herança; porém, se houver um só

ascendente, ou se maior for aquele grau, caber-lhe-á a metade da herança. Assim, por exemplo: se o cônjuge sobrevivente concorre com o sogro e sogra, receberá um terço da herança; se concorrer apenas com o sogro ou somente com a sogra, terá direito à metade da herança, o mesmo ocorrendo se concorrer com ascendentes em grau maior do que o primeiro (avós, bisavós), independentemente do número desses ascendentes. Então, se o falecido tem quatro avós (os dois paternos e os dois maternos), ao cônjuge sobrevivente caberá a metade da herança e a outra metade aos quatro avós, observando-se, quanto a estes, o disposto no art. 1.836, § 2º: "Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna".

Note-se que, ao contrário do que ocorria no usufruto viúval, regulado no art. 1.611, § 1º, do Código Civil de 1916, a concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes e ascendentes, segundo o novo Código, é em propriedade.

Se o falecido não deixou descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1.838), ocupando o cônjuge, isoladamente, esta terceira classe na sucessão legítima, sem nenhuma relação com o regime de bens. Qualquer que tenha sido ele, na falta de parentes em linha reta do de cujus, o cônjuge sobrevivo é o único herdeiro, ficando com toda a herança.

Não obstante, além de ser considerado herdeiro necessário, de concorrer com os herdeiros da primeira e da segunda classes, ocupando sozinho a terceira classe dos sucessíveis (art. 1.838), o novo Código Civil, art. 1.831, edita que ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

A fonte do art. 1.831 é o § 2º do art. 1.611 do Código Civil de 1916, introduzido pela Lei no 4.121.62, mas, nos termos do aludido § 2º, o direito real de habitação só era concedido se o cônjuge sobrevivente tivesse sido casado sob o regime da comunhão universal, e sob a condição de continuar viúvo. Pelo novo Código Civil o direito real de habitação é conferido qualquer que tenha sido o regime de bens. E o cônjuge sobrevivente não tem mais de permanecer viúvo para continuar titular de tal direito. Mesmo que case de novo, ou constitua união estável, não cessa o benefício, e muitas questões surgirão por causa desta solução, dado o prejuízo que representa para os outros herdeiros ficar o imóvel gravado, e nele passando a morar o novo cônjuge ou a pessoa com quem o viúvo ou a viúva estabeleceu união estável. Parece-me que estava melhor o Código Civil de 1916, quando dizia que o direito real de habitação persistiria enquanto o cônjuge sobrevivo permanecesse viúvo.

O art. 1.611, caput, do Código Civil anterior não concedia legitimação do cônjuge para suceder se, ao tempo da morte do outro, estava dissolvida a sociedade conjugal. O novo Código Civil, art. 1.830, prevê, igualmente, o afastamento do cônjuge separado judicialmente, mas inova, e não reconhece direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo em que o outro faleceu, estava o casal separado de fato há mais de dois anos, entendendo o legislador que, estando desfeitos os laços da afeição, rompida a convivência conjugal, extingue-se a razão para existir sucessão entre cônjuges separados de fato, ou de corpos.

Porém, ainda que o casal não estivesse mais convivendo, o cônjuge sobrevivente pode ser chamado à sucessão, se provar que não teve culpa na separação.

Em muitos casos, não será fácil produzir a prova de quem teve a culpa pela extinção da convivência, considerando, além disto, que um dos parceiros já morreu, complicando-se a situação, ainda mais, se o de cujus – embora formalmente casado, mas separado de fato – constituiu união estável com outra pessoa, sabendo-se que, nos termos do art. 1.790 do novo Código Civil, a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições mencionadas no aludido artigo.

Prenuncia-se a apresentação de inúmeras demandas, eternizando discussões, paralisando inventários. O art. 1.830 traz para o nosso direito uma previsão que já se encontra na legislação de muitos países (França, Itália, Portugal, Alemanha, Argentina) e existia, inclusive, nas velhas Ordenações Filipinas (Livro IV, Tít. 94, princ.). Em princípio, é uma norma elogiável, justa, que ostenta, todavia, os seus problemas, dúvidas, incertezas. Vale relembrar, neste passo, a expressão do genial Emilio Betti, catedrático da Universidade de Roma, na Teoria Geral do Negócio Jurídico (t. I, no 3): "qualquer solução legislativa tem, ao lado do seu rendimento, também o seu preço".