

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MARIA CRISTINA FALAVINHA RAMOS REGIO

RESERVA DA QUARTA PARTE DA HERANÇA AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

**CURITIBA
2009**

MARIA CRISTINA FALAVINHA RAMOS REGIO

RESERVA DA QUARTA PARTE DA HERANÇA AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Inacio de Carvalho Neto

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA CRISTINA FALAVINHA RAMOS REGIO

RESERVA DA QUARTA PARTE DA HERANÇA AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

SUMÁRIO

RESUMO	5
1 INTRODUÇÃO.....	6
2 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA.....	9
2.1 Considerações iniciais	9
2.2 A ordem de vocação hereditária	12
2.3 Sucessão dos descendentes	14
2.4 Sucessão dos ascendentes	15
2.5 Sucessão dos colaterais	17
3 SUCESSÃO DO CÔNJUGE	20
3.1 O cônjuge como meeiro.....	20
3.2 Breves considerações sobre regimes de bens	21
3.3 O cônjuge como herdeiro.....	24
3.4 Concorrência do cônjuge com os descendentes	27
4 A RESERVA DA QUARTA PARTE DA HERANÇA AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE.....	29
4.1 O artigo 1832 do Código Civil	29
4.2 Soluções doutrinárias e jurisprudenciais que resolvem a questão da concorrência híbrida	33
5 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	40

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, especialmente na hipótese de concorrência com os descendentes, em que há previsão da reserva da quarta parte da herança ao cônjuge supérstite. Para tanto, discorre-se sobre a ordem de vocação hereditária, os regimes de bens, bem como os casos em que o cônjuge é herdeiro. Por fim, foram expostas as soluções apresentadas por alguns doutrinadores para as hipóteses de concorrência híbrida, ou seja, quando há concorrendo com o cônjuge tanto filhos exclusivos do autor da herança quanto filhos comuns entre o cônjuge sobrevivente e o *de cujus*.

Palavras-chave: sucessão; vocação hereditária; cônjuge sobrevivente; reserva da quarta parte da herança; concorrência; descendentes unilaterais; descendentes bilaterais.

1 INTRODUÇÃO

Um dos motivos principais para a implementação de uma Lei Civil que regulamentasse a transmissão patrimonial, após a morte, foi a necessidade de determinar quais as pessoas que deveriam dar continuidade às relações jurídicas patrimoniais do falecido.

Considerando que sempre existiu conflito de interesses em relação ao destino da propriedade privada, incumbe ao poder exercido pelo Estado regular eventuais diferenças sociais mediante o estabelecimento de regras gerais.

Sendo assim, um dos capítulos mais importantes no Direito Privado é o relativo às sucessões, por regulamentar de que forma os bens privados serão destinados com a morte de seus anteriores proprietários.

Com o intuito de proteger, no aspecto financeiro, a família do autor da herança, e por considerar que a intenção dos indivíduos, após sua morte, é que seu patrimônio transmita-se a sua família, inclusive para possibilitar a perpetuidade do seu patrimônio no núcleo familiar, o legislador brasileiro dispôs que a metade dos bens do autor da herança é, obrigatoriamente, destinada aos herdeiros necessários, entendidos assim os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente.

No Direito Romano, a aludida transferência ocorria de duas maneiras: ou por via da sucessão *ab intestato*, ou via sucessão testamentária, sendo que a diferença entre elas era a existência ou não de testamento deixado pelo falecido. Eram dois os princípios fundamentais que regulavam o direito sucessório: “superioridade da sucessão testamentária sobre a legítima e a incompatibilidade dos dois tipos entre

si, excluindo-se mutuamente”¹. Na ausência de testamento, herdavam em primeiro lugar os *haeredes sui* (filhos); na falta deles, os *agnatos* (parentes colocados sob o mesmo pátrio poder), e por fim os *gentiles* (pessoas ligadas à gens do falecido). Na época de Justiniano, os *agnatos* foram substituídos pelos *cognatos*, de tal sorte que o parentesco consanguíneo foi privilegiado em relação ao parentesco civil².

O direito brasileiro muito evoluiu no assunto, especialmente no que cinge ao tratamento do cônjuge na ordem preferencial da transmissão da herança (ordem de vocação hereditária).

O Código Civil de 2002, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, colocou o cônjuge em primeiro lugar na ordem de preferência, embora em situações bem específicas, que serão explicadas ao longo do trabalho.

Ademais, o cônjuge aparece, sozinho, em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Outra inovação trazida foi a reserva de no mínimo a quarta parte da herança ao cônjuge, quando concorre com descendentes comuns entre ele e o *de cuius*.

Entretanto, o Código não faz nenhuma alusão à hipótese em que nem todos os descendentes são filhos comuns, ou seja, alguns são descendentes tão somente do autor da herança. É essa a questão principal a ser abordada, analisando o modo pelo qual a doutrina tem abordado o tema, tendo em conta que a discussão ainda não chegou aos Tribunais brasileiros, por ser a Lei relativamente nova, com seus quase sete anos de vigência, e considerando a complexidade dos processos de inventário que eventualmente precisem enfrentar o assunto.

Para dar uma visão global da matéria, foram enfocados na monografia alguns temas de direito sucessório.

¹ GIRARDI, Leopoldo Justino. **Curso Elementar de Direito Romano**. Porto Alegre: Editora Acadêmica, 1984. p. 72.

² *Idem*.

Em primeiro lugar, discorreu-se, em linhas gerais, sobre a vocação hereditária, e de que forma acontece a sucessão em cada uma das classes de herdeiros elencadas pelo Código Civil, quais sejam: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais.

Na sequência, foi feita uma análise mais detalhada sobre a sucessão e meação do cônjuge, bem como um panorama geral acerca dos regimes de bens previstos pela Lei.

Por fim, chegou-se ao tema central, focalizando especificamente os casos em que se aplica a reserva da quarta parte da herança ao cônjuge.

2 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

2.1 Considerações iniciais

O direito sucessório brasileiro apresenta-se em duas grandes subdivisões: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Há discussão na doutrina brasileira se há prevalência da sucessão legítima em relação à testamentária, ou se “uma dessas causas de sucessão é principal em relação à outra que tem caráter supletivo”³.

Temos no ordenamento jurídico brasileiro a sucessão mista, ou seja, as duas modalidades sucessórias podem ocorrer simultaneamente, desde que respeitada a legítima.

O artigo 1786 do Código Civil⁴ estabelece a distinção, quanto à sua fonte⁵, entre a sucessão legítima (quando decorre da lei) e a sucessão testamentária (quando decorre de testamento ou codicilo).

Contudo, só é permitido transferir-se via sucessão testamentária a metade dos bens do falecido, se houverem herdeiros necessários, conforme artigo 1789 do já citado diploma legal⁶. É o princípio da liberdade relativa, como assevera Maria

³ PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária**. 18. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 147.

⁴ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VII. 2. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

⁶ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Berenice Dias⁷. Noutras palavras, o direito de testar fica limitado a cinquenta por cento do patrimônio, visto que o Código Civil estabeleceu que os outros cinquenta por cento serão transferidos aos herdeiros necessários, por meio da sucessão legítima.

Os herdeiros podem ser divididos em duas categorias: legítimos e testamentários. Herdeiros legítimos são aqueles “eleitos pela lei”⁸, elencados no artigo 1829 do Código Civil: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e colaterais. Os testamentários são os escolhidos pelo falecido em ato de disposição de última vontade.

Os herdeiros legítimos subdividem-se em necessários (elencados no artigo 1845: descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente) e facultativos (colaterais até o quarto grau e companheiro).

A sucessão que decorre da lei, portanto, contempla os herdeiros necessários, num primeiro momento. Em inexistindo herdeiros necessários, nem testamento, a herança será transmitida aos herdeiros facultativos.

Para José da Silva Pacheco⁹, defere-se a sucessão aos herdeiros legítimos nos seguintes casos:

a) quando existem herdeiros legítimos (arts. 1.788 e 1.829 CC); b) não havendo testamento, ou sendo anulado o existente; c) no caso de renúncia ou indignidade; d) em relação aos bens que não constem das disposições de última vontade; e) tendo falecido antes do testador, ou sendo incapaz de suceder o beneficiado.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 104.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado – Direito das Sucessões**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 154.

⁹ PACHECO. *Op. cit.*, p. 153.

A doutrina ainda não pacificou entendimento no que diz respeito à classificação do companheiro sobrevivente como sendo herdeiro facultativo ou herdeiro necessário.

Segundo a posição defendida por Maria Berenice Dias¹⁰, o companheiro sobrevivente há que ser considerado herdeiro facultativo. Opinião diversa é a de Orlando Gomes¹¹, que considera que o legislador atribuiu somente aos colaterais a qualidade de herdeiros facultativos, não estando, portanto, incluídos nessa categoria os companheiros.

Não há disposição expressa no Código que estabeleça que o companheiro é herdeiro necessário, razão pela qual pode-se concluir que é herdeiro facultativo, em que pese existir divergência.

A sucessão testamentária, por sua vez, ocorre quando o autor da herança deixa testamento, que, como conceitua Washington de Barros Monteiro¹²:

Negócio jurídico unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre a situação dos filhos e outros atos de última vontade, que não poderão, porém, influir na legítima dos herdeiros necessários.

Por fim, insta salientar que é permitida, excepcionalmente, no Direito Brasileiro, a partilha feita por ascendente por ato entre vivos, conforme disposição do artigo 2018¹³ do Código Civil, em que pese a disposição do artigo 426¹⁴, que veda que herança de pessoa viva seja objeto de contrato.

¹⁰ DIAS. *Op. cit.*, p. 104.

¹¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 41.

¹² MONTEIRO, Washington. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. v. 6. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124.

¹³ Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.

¹⁴ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

2.2 A ordem de vocação hereditária

Na hipótese de ocorrer a sucessão legítima, prevê o Código Civil, no artigo 1829, a ordem de vocação hereditária, ou seja, a ordem de preferência em que devem ser chamados os herdeiros, quando da ocorrência da morte do *de cuius*. O critério utilizado pelo legislador, para estabelecer esta regra, encontra fundamento na presunção de afetividade entre os familiares¹⁵.

Assim, não é demais ressaltar que a regra do Código deve ser estritamente obedecida: os ascendentes somente serão chamados a suceder na falta de descendentes; o cônjuge sobrevivente, salvo os casos de concorrência previstos, somente será chamado na falta de ascendentes; e os colaterais, herdeiros facultativos, que serão chamados quando ocorrerem duas situações cumulativas, quais sejam, ausência de cônjuge sobrevivente e de testamento. Insta salientar que, havendo parcela da herança não abrangida por testamento, será ela deferida aos colaterais.

Na hipótese em que não haja parentes sucessíveis, segundo prescreve o artigo 1844, a herança é transmitida ao Município, ao Distrito Federal (sendo este o local da abertura da sucessão) ou à União (se localizada em território federal).

Além disso, cabe aqui estabelecer distinção entre as classes de herdeiros, linhas e graus de parentesco.

Compreendem classes de herdeiros as elencadas nos incisos do artigo 1829: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e colaterais.

¹⁵ DIAS. *Op. cit.*, p. 127.

Os parentes em linha reta (artigo 1.591¹⁶ do Código Civil) são os filhos (1º grau), netos (2º grau), bisnetos (3º grau) etc., na relação de descendência, e os pais (1º grau), avós (2º grau), bisavós (3º grau) e assim por diante, na relação de ascendência. Há duas características principais da linha reta: não existe limite de grau de parentesco, seja na linha descendente ou ascendente; e a maioria dos indivíduos tem duas linhas de ascendência: a materna e a paterna¹⁷, exceto aqueles que não tem paternidade registrada.

Os parentes em linha colateral (artigo 1.592¹⁸ do Código Civil) são, portanto, os irmãos (2º grau), tios e sobrinhos (3º grau) e primos, bem como tios-avôs e sobrinhos-netos (4º grau). Lembrando que o parentesco em linha colateral é limitado ao 4º grau.

O artigo 1594¹⁹ do Código Civil define os graus de parentesco: na linha reta “o grau de parentesco é computado pelo número de gerações”²⁰, e na linha colateral “o parentesco é contado pelo número de gerações entre os parentes, com a nuança de se procurar o ascendente comum e se calcular a distância entre as gerações até este, para depois descer até o outro parente com quem se pretende estabelecer o grau de parentesco”²¹.

¹⁶ Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das Relações de Parentesco. *In: Direito de Família e o Novo Código Civil*. 4. ed. rev. atual. 2. tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 90.

¹⁸ Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

¹⁹ Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo, porém, de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo, depois, até encontrar o outro parente.

²⁰ GAMA. *Op. cit.*, p. 93.

²¹ *Idem*.

2.3 Sucessão dos descendentes

Os descendentes preferem aos demais herdeiros (em concorrência com o cônjuge sobrevivente, nos casos previstos em lei) na ordem de vocação hereditária. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficaram vedados quaisquer tratamentos discriminatórios entre os filhos, ou seja, todos herdam em igualdade de condições, sem distinção de sexo, leito ou primogenitura.

Na classe dos descendentes, a transmissão da herança ocorre por cabeça ou por estirpe.

Diz-se que a sucessão é por direito próprio quando todos os herdeiros são parentes de mesmo grau em relação ao *de cuius*. Os herdeiros de grau mais próximo excluem aqueles de grau mais remoto. Exemplificando, se o falecido deixar dois filhos, todos vivos à época da abertura da sucessão, a cada um deles caberá a metade da legítima. Se, numa segunda hipótese, os filhos forem pré-mortos à época da abertura da sucessão, e houver três netos, a cada neto caberá um terço do montante total, independentemente de qual dos filhos do *de cuius* cada um dos netos descende.

A sucessão por representação é aplicada quando existem herdeiros de diferentes graus de parentesco que concorrem à herança. É a exceção à regra do artigo 1.833: tanto os descendentes de grau mais próximo quanto os de grau mais remoto são tidos como herdeiros, embora não necessariamente recebam a mesma cota parte do montante. É a forma pela qual “os descendentes de um herdeiro pré-

morto (com óbito anterior ao do autor da herança), se outros existirem na classe e grau do falecido, recebem o que aquele teria direito se vivo fosse”²².

Arnaldo Rizzardo²³ questiona a nomenclatura “sucessão por representação”, justificando que:

Há uma regra de equidade, pela qual merece relevo a classe de pessoas, e não um ser individual, entendimento que leva a ver na natureza da representação uma forma de manter o patrimônio no círculo não apenas de indivíduos, mas do grupo que representa o filho do sucedido. Não se visualiza, pois, nem uma substituição legal, ou uma sub-rogação nos direitos hereditários, e sim um conceito social do que deve compreender-se como herdeiro.

Tome-se o seguinte exemplo: dois filhos vivos, um filho pré-morto, e dois netos que descendem do filho pré-morto. A divisão ficará da seguinte forma: um terço do montante para cada um dos filhos vivos, e um terço do montante para ser repartido entre os dois netos. Ou seja, os netos estarão representando o filho do falecido, tocando a cada um deles um sexto da herança (a metade do que caberia ao filho, visto que são em número de dois).

2.4 Sucessão dos ascendentes

Os ascendentes herdam em concorrência com o cônjuge sobrevivente (artigo 1829, II, do Código Civil de 2002).

²² CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil**. v. 6. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 167.

²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

Na classe dos ascendentes, não há o direito de representação. Aqui, permanece a regra de que o grau mais próximo exclui o mais remoto, como na sucessão por cabeça. Logo, se ambos os pais estiverem vivos, e algum dos avós também, serão herdeiros somente os pais, por serem ascendentes de grau mais próximo. No entanto, como já dito, não há o direito de representação. Assim, se restar viva apenas a mãe, e um (ou ambos) os avós paternos, será considerada herdeira apenas a mãe. Os avós não poderão representar o direito do pai, pré-morto.

Outra peculiaridade desta classe é a hipótese de não estar vivo nenhum dos ascendentes em primeiro grau (pai e mãe), mas tão somente os avós, ou alguns deles. A legítima será repartida em duas linhas: a paterna e a materna, cabendo a metade do total para cada uma dessas linhas. Logo, se estiverem vivos ambos os avós maternos, e apenas o avô paterno, caberá 50% (cinquenta por cento) da herança para o avô paterno (linha paterna), e cada um dos avós maternos ficará com 25% (vinte e cinco por cento) da herança, perfazendo o total de 50% (cinquenta por cento), que corresponderia à linha materna. Vale destacar que, na situação hipotética exposta, a divisão da legítima não será feita de modo que cada ascendente em segundo grau receba um terço do montante, mas sim na forma acima explanada.

Por fim, consoante artigo 1.837 do Código Civil, primeira parte, caberá um terço da herança ao cônjuge supérstite, quando os ascendentes sucessíveis forem de primeiro grau (pai e mãe). Ou seja, a herança ficaria dividida de forma que um terço caberia ao pai, um terço à mãe, e um terço ao cônjuge sobrevivente. A segunda parte do mencionado artigo estabelece que, se houver só um dos ascendentes de primeiro grau (pai ou mãe), ou o grau do ascendente for maior

(avós, bisavós, ou ascendentes de grau mais remoto), ao cônjuge será deferida a metade do montante.

Aqui, o cônjuge é herdeiro independentemente do regime de bens. Logo, o cônjuge poderá ser herdeiro e meeiro ao mesmo tempo, conforme o regime de bens adotado.

2.5 Sucessão dos colaterais

Resta analisar como calha a sucessão na classe dos colaterais. Inicialmente, cumpre repetir que os colaterais não são herdeiros necessários. Oportuno citar Washington de Barros Monteiro²⁴:

Para excluir da sucessão os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio sem os contemplar (art. 1.850 do Cód. Civil de 2002). Para que se excluam tais pessoas, não se torna imprescindível expressa manifestação do testador; basta que este, no ato de última vontade, distribuindo seus bens, não os contemple.

Os colaterais são sucessíveis até o quarto grau. Os irmãos são os colaterais mais próximos (segundo grau). Os tios e os sobrinhos são os de terceiro grau, e os primos, tios-avós e sobrinhos-netos, quarto grau.

Como na classe dos descendentes e dos ascendentes, o parente colateral mais próximo tem preferência em relação ao mais remoto, ou seja, só herda o tio se não houver irmãos, por exemplo.

²⁴ MONTEIRO. *Op. cit.*, p. 115.

O *caput* do artigo 1840 abre exceção à regra geral, quando diz, expressamente, que os filhos dos irmãos (sobrinhos) podem representar os irmãos. Temos, nesse caso, a sucessão por estirpe, na linha colateral, com algumas implicações, às quais se refere Eduardo de Oliveira Leite²⁵: não vale, nesta hipótese, o princípio geral de que, na mesma classe, o parente de grau mais próximo elimina da sucessão o parente de grau mais remoto; os parentes de mesmo grau (sobrinhos) não vão necessariamente receber a mesma quota parte da herança, porque não sucedem por cabeça, mas por estirpe.

O artigo 1841²⁶ enuncia que, quando o falecido deixar tanto irmãos unilaterais quanto irmãos bilaterais, a cada irmão unilateral caberá tão somente a metade daquilo que couber a cada irmão bilateral. Há discussão sobre o tema. Parte da doutrina entende que o dispositivo em questão fere o princípio constitucional da igualdade entre os irmãos.

Para Inacio de Carvalho Neto²⁷:

A regra constitucional supostamente ferida estabelece igualdade entre os filhos, nas relações de paternidade-filiação, não aos irmãos entre si. Não se impede, assim, que se distinga a sucessão dos colaterais. Inconstitucional seria, v.g., a regra que determinasse que filhos legítimos herdassem o dobro dos ilegítimos. Não é este o caso.

Em segundo lugar, a distinção em questão não é arbitrária. Trata desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Se há duplo laço sanguíneo (pai e mãe) a ligar os irmãos, nada mais justo que recebam o dobro do que cabe ao irmão ligado por laço simples (pai ou mãe).

Essa é a posição que parece mais adequada. No entanto, defende Eduardo de Oliveira Leite: "... não há que vingar qualquer discriminação em relação aos

²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil – Direito das Sucessões**. v. XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 249.

²⁶ Art. 1.841. Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar.

²⁷ CARVALHO NETO, Inacio de. **A Constitucional Discriminação entre Irmãos Germanos e Unilaterais na Sucessão dos Colaterais**. Disponível na internet em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto729.rtf>. Acesso em: 13 ago. 2009.

irmãos, sejam germânicos ou unilaterais. Todos, independente da origem, devem herdar em igualdade de proporções.”²⁸

O artigo 1843²⁹ estabelece que, entre os colaterais de terceiro grau, os sobrinhos preferem aos tios. Arnold Wald defende que: “O argumento importante em favor dos sobrinhos é ser um incentivo à nova geração que, em tese, poderá gozar por mais tempo da fortuna que lhe é transmitida”³⁰.

Por fim, em não havendo irmãos, os sobrinhos herdarão por cabeça, por estarem no mesmo grau de parentesco.

²⁸ LEITE. **Comentários...** (*cit.*) v. XXI. p. 250.

²⁹ Art. 1.843. Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

³⁰ WALD, Arnold. **O Novo Direito das Sucessões**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87.

3 SUCESSÃO DO CÔNJUGE

3.1 O cônjuge como meeiro

Neste ponto, fundamental é entender que meação não se confunde com herança. A meação é a porção de bens destinada ao cônjuge sobrevivente, que já pertencia a ele, nada tendo a ver com a herança, que é, por sua vez, a porção de bens que pertencia ao falecido e será transmitida aos herdeiros.

Um dos meios pelo qual ocorre a dissolução da sociedade conjugal, a exemplo das demais sociedades, é com o evento morte de um dos sócios, isto é, um dos cônjuges. Surge, então, a necessidade de dividir os bens do casamento.

A determinação da meação será feita de acordo com o regime de bens que foi adotado no casamento, podendo este ser estipulado pelos cônjuges de quatro formas diferentes: comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação de bens ou participação final nos aquestos. Os nubentes podem, ainda, estipular como melhor lhes convier quanto aos seus bens, formulando um regime diferenciado de bens. É o que determina a regra do artigo 1639³¹ do Código Civil.

Sílvio de Salvo Venosa³² adverte que não existe renúncia à meação. O que pode ser feito é uma cessão de direitos aos herdeiros, ou a terceiros, que será considerada um negócio jurídico entre vivos, não podendo ocorrer nos autos de

³¹ Art. 1639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. v. 7. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 139.

inventário, porque, não obstante interferir no mesmo patrimônio, a parte que incumbe como meação não se comunica com a herança. Neste sentido, no processo de inventário, somente é permitida a renúncia da herança.

Meeiro é, pois, o cônjuge sobrevivente, que recolher a meação – porção do patrimônio do casal que lhe é de direito. A título de exemplo, tomando o regime de bens como sendo o de comunhão universal, observa-se que a totalidade do patrimônio do casal será, quando da morte de um dos cônjuges, dividido em duas partes iguais. Uma das partes corresponderá à meação e outra, à herança. A meação pertencerá ao sobrevivente e não comporá a herança, de acordo com o artigo 1685³³, do Código Civil.

3.2 Breves considerações sobre regimes de bens

O regime de bens “constitui a modalidade e sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento”, como definiu Sílvio de Salvo Venosa³⁴. Em que pese o objetivo principal do casamento não ser a questão econômica, não há como se vislumbrar uma união sem reflexos patrimoniais.

Como já dito, são quatro os regimes regulamentados pela lei, podendo os nubentes livremente escolher o que lhes parecer mais adequado, salvo os limites

³³ Art. 1685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. v. 6. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 338.

estabelecidos pelo artigo 1641³⁵ do Código Civil. Há, outrossim, a possibilidade de os contraentes instituírem um regime próprio de bens, conforme o já mencionado artigo 1639.

Para optar por um regime de bens, devem os nubentes elaborar o pacto antenupcial, porém não é obrigatório que o façam, pois o artigo 1640 do Código Civil estabelece como regime supletivo o da comunhão parcial de bens, ou seja, permanecendo silentes as partes, será esse o regime do casamento.

O regime de comunhão universal de bens, descrito no artigo 1667, “importa a comunhão de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas”. Ambos os cônjuges são responsáveis pela administração do patrimônio. No entanto, “a comunhão universal não é absoluta”³⁶. O artigo 1668 enumera os bens que estão excluídos da comunhão, tais como os bens gravados com a cláusula de incomunicabilidade.

O regime de comunhão parcial de bens tem sua previsão legal no artigo 1658. Como bem observou Silvio de Salvo Venosa, formam-se “três massas de bens: os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após o matrimônio”³⁷. Os bens trazidos antes do casamento são incomunicáveis e os demais são, em regra, comunicáveis, como por exemplo aqueles que foram adquiridos a título oneroso na constância do casamento; os adquiridos por doação, herança ou legado, desde que em favor de ambos os cônjuges; os frutos dos bens (tanto comuns quanto particulares) percebidos durante

³⁵ Art. 1641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

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

II – da pessoa maior de sessenta anos;

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003. p. 311.

³⁷ VENOSA. **Direito...** (cit.) v. 6. p. 349.

o casamento. O artigo 1659 do Código enumera expressamente os bens que não se comunicam.

O regime de separação de bens é aquele em que “cada cônjuge conserva o domínio e a administração de seus bens presentes e futuros, responsabilizando-se individualmente pelas dívidas anteriores e posteriores ao casamento”³⁸. Pertinentes são as palavras de Silvio de Salvo Venosa: “esse regime isola totalmente o patrimônio dos cônjuges e não se coaduna perfeitamente com as finalidades da união pelo casamento”³⁹. A previsão legal está no artigo 1687.

Esse regime pode ser eleito pelos nubentes, ou imposto pela lei, nos casos do já citado artigo 1641.

Por fim, o regime de participação final nos aquestos, inserido pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002, é assim definido por Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁰:

De modo geral, os bens adquiridos antes ou após o casamento constituem patrimônios particulares dos cônjuges, mas, na dissolução da sociedade conjugal, os bens são considerados segundo o modelo da comunhão parcial.

Aquestos são os bens adquiridos na constância do matrimônio, ou seja, aqueles que se comunicarão após a dissolução da sociedade conjugal.

³⁸ LEITE. **Direito...** (*cit.*) v. 5. p. 366.

³⁹ VENOSA. **Direito...** (*cit.*) v. 6. p. 366.

⁴⁰ LÔBO. *Op. cit.*, p. 319.

3.3 O cônjuge como herdeiro

Uma das principais alterações inseridas no direito sucessório pelo Código Civil de 2002 foi no tocante à posição do cônjuge sobrevivente na ordem de vocação hereditária. Além de estar em terceiro lugar nesta ordem de preferência estabelecida pelo Código, como único herdeiro da legítima, ainda concorre com os descendentes, que ocupam o primeiro lugar na ordem de vocação, nos moldes e condições previstas pelo legislador: exceto quando casado com o falecido no regime de comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens, ou se, quando casado no regime da comunhão parcial, o falecido não houver deixado bens particulares. Ademais, concorre o cônjuge sobrevivente também com os ascendentes, que ocupam o segundo na ordem do artigo 1829.

Observa-se que, na legislação anterior, o cônjuge sobrevivente não era considerado herdeiro necessário, passando a ocupar esta posição somente com o advento do Código de 2002, o que configura, aliado às demais modificações, grande avanço em sua posição sucessória.

Observa Inacio de Carvalho Neto que, tendo em conta o artigo 1723, § 1º⁴¹, do Código Civil, é possível, além dos casos previstos pelo Código, a concorrência entre cônjuge e companheiro do autor da herança, se estiver esse, “ao tempo da morte, separado de fato de seu cônjuge e vivendo em ‘união estável’ com outra

⁴¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

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

pessoa, seja dentro do período de dois anos de separação de fato do art. 1.830, seja mesmo fora dele, se a separação não se deu por culpa do cônjuge sobrevivente”⁴².

Prossegue o autor afirmando que existem duas interpretações possíveis para esta hipótese de concorrência. A primeira, considerando que o cônjuge, em que pese não ser parente, está incluído na expressão *outros parentes sucessíveis* do artigo 1790, III⁴³, do Código Civil, e, desta forma, caberia ao companheiro um terço de todos os bens adquiridos na vigência da união estável, e ao cônjuge os demais bens. A segunda, de acordo com a interpretação literal da norma, caberia ao companheiro todos os bens adquiridos onerosamente na vigência da união, e ao cônjuge os demais bens⁴⁴.

Apointa o legislador, no artigo 1830⁴⁵ do Código Civil, que a sucessão decorre do casamento. Então, se não há mais o vínculo conjugal, não há mais porque existir o direito à sucessão. Na síntese de Orlando Gomes⁴⁶, são pressupostos para o direito hereditário do cônjuge supérstite: o casamento válido; não estarem judicialmente separados os cônjuges no momento da abertura da sucessão; não estarem separados de fato há mais de dois anos; ocorrendo a separação de fato, que a culpa da separação não seja do cônjuge sobrevivente.

O direito real de habitação está previsto no artigo 1831. Contudo, diferente do que o era no Código Civil revogado. A nova lei estendeu esse benefício para o cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens estabelecido. A única

⁴² CARVALHO NETO, Inacio de. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 138.

⁴³ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança.

⁴⁴ CARVALHO NETO. **Direito...** (*cit.*) p. 145.

⁴⁵ Art. 1830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

⁴⁶ GOMES. *Op. cit.*, p. 63.

condição imposta é que o imóvel a ser gravado com o direito de habitação seja destinado à residência da família e o único a inventariar.

Não está prevista a extinção deste direito real se cessar o estado de viuvez, o que é alvo de críticas. Explica Débora Gozzo:

Afinal, se o que se objetiva é favorecer o cônjuge que eventualmente poderia ser privado de continuar morando no domicílio conjugal após a morte de seu cônjuge, assim que ele passasse a condição de cônjuge de outrem ou de companheiro, nada mais justo que fosse obrigado a desocupar o imóvel. Caso contrário, poder-se-ia ter a situação em que o novo cônjuge do viúvo ou da viúva viesse a ser beneficiado com uma moradia que não pertencia nem a ele, nem ao seu cônjuge e, pela qual não precisaria pagar rendimento algum aos demais herdeiros.⁴⁷

Ademais, não consta do atual Código o direito de habitação, na falta do pai ou da mãe, ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho. Tal dispositivo foi inserido pela Lei 10.050/2000, no artigo 1611⁴⁸ do Código Civil de 1916. Na opinião de Euclides de Oliveira⁴⁹, tal omissão deu-se por “cochilo legislativo”, porque inegável é o alcance social da referida disposição.

⁴⁷ GOZZO, Débora. **Comentários do Código Civil Brasileiro**. v. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 199.

⁴⁸ Art. 1.611. À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (...)

§2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, 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 bem daquela natureza a inventariar.

§ 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.

⁴⁹ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança – A Nova Ordem da Sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 139.

3.4 Concorrência do cônjuge com os descendentes

O cônjuge supérstite concorre, na ordem de vocação hereditária, com os descendentes e com os ascendentes.

A previsão do artigo 1829, I, é de que o cônjuge será concorrente dos descendentes, exceto quando o regime de casamento estipulado tiver sido o da comunhão universal ou separação obrigatória de bens, ou se, quando o regime for o da comunhão parcial de bens, o falecido não houver deixado bens particulares.

Eduardo de Oliveira Leite⁵⁰ entende que são plenamente justificáveis as exceções estabelecidas, já que, no regime de comunhão universal e comunhão parcial de bens, o cônjuge supérstite já faz jus à meação, estando, assim, economicamente amparado. Quanto ao regime de separação obrigatória de bens, como não existe patrimônio comum, não haverá, do mesmo modo, o direito à sucessão, porque “o que é vedado por lei não pode ser contornado pela própria lei e em manifesta contradição ao espírito da separação”⁵¹.

Omitiu-se o legislador com relação ao regime de participação final nos aquestos. No entendimento de José Luiz Gavião de Almeida⁵², a regra menciona expressamente as exceções; logo, se o regime de participação final nos aquestos não foi arrolado entre aqueles que não legitimam o cônjuge para participar da sucessão concorrente, não há como considerar os que optaram por esse regime como excluídos da concorrência com os descendentes.

⁵⁰ LEITE. **Comentários...** (*cit.*) v. XXI. p. 218.

⁵¹ LEITE. **Comentários...** (*cit.*) v. XXI. p. 220.

⁵² ALMEIDA, José Luiz Gavião de; AZEVEDO, Álvaro Vilhaça de. **Código Civil Comentado**. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003. p. 227.

Logo, são duas as hipóteses em que o cônjuge sobrevivente concorre, efetivamente, com os descendentes: quando o regime de bens do casamento for o da comunhão parcial de bens, e, concomitantemente, o autor da herança houver deixado bens particulares; bem como quando o regime adotado for o da participação final nos aquestos.

4 A RESERVA DA QUARTA PARTE DA HERANÇA AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

4.1 O artigo 1832 do Código Civil

Uma das grandes polêmicas que se estabeleceu no Direito das Sucessões do Código Civil de 2002 foi no tocante ao artigo 1832, *in verbis*:

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

A primeira parte do citado artigo preserva, na hipótese de haver concurso entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes, o princípio da divisão por cabeça, conforme afirma Eduardo de Oliveira Leite⁵³. Ou seja, o legislador “*optou por estabelecer a igualdade entre os quinhões como critério principal*”⁵⁴.

A segunda parte do artigo 1832, porém, excetua a divisão igualitária, ao assegurar ao cônjuge a quota mínima de um quarto do montante, desde que seja ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

José de Oliveira Ascensão critica: “esta posição de supremacia do cônjuge sobre os próprios filhos não pode deixar de considerar-se *injusta*, sobretudo atenta à facilidade com que hoje em dia o cônjuge sobrevivo parte para a realização de

⁵³ LEITE. **Comentários...** (*cit.*) v. XXI. p. 237.

⁵⁴ GAMA. *Op. cit.*, p. 110.

*novas núpcias*⁵⁵. Isso se considerarmos que, além de herdeiro, o cônjuge também é meeiro.

Se todos os filhos forem descendentes tanto do autor da herança quanto do cônjuge supérstite, aplica-se a regra do artigo 1832. Havendo um descendente, caberá 50% (cinquenta por cento) da herança ao cônjuge, e 50% (cinquenta por cento) da herança ao descendente. Havendo dois descendentes, a cada herdeiro incumbirá 33,3% da herança. Havendo três, cada herdeiro terá direito a 25%, o que equivale à quarta parte da herança.

Se os descendentes forem em número superior a três, portanto, a divisão não será mais igualitária, visto que 1/4 (um quarto) do montante será reservado ao cônjuge, sendo que os 3/4 (três quartos) restantes serão divididos em tantos quantos forem os filhos. Havendo quatro descendentes, para cada um será atribuído 3/16 (três dezesseis avos) da herança, havendo cinco, 3/20 (três vinte avos), e essa porcentagem será cada vez menor, quanto maior for o número de filhos.

Em contrapartida, se não houver descendentes comuns entre o *de cujus* e o cônjuge sobrevivente, todos os herdeiros deverão receber sempre porções iguais da herança. Ou, dito de outro modo, a herança será dividida em tantas partes quantos forem os herdeiros, entendidos como herdeiros todos os filhos e o cônjuge. Assim, se forem quatro os herdeiros (três filhos e cônjuge), cada um receberá 1/4 (um quarto) do total, se forem cinco (quatro filhos e cônjuge), cada um receberá 1/5 (um quinto), e assim por diante, pois não se aplica, neste caso, a regra do artigo 1832.

Esta questão é praticamente pacífica. É que o legislador foi claro ao estabelecer que a quarta parte da herança é reservada ao cônjuge quando for

⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Sucessões. p. 352. *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão do Cônjuge. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil - Questões Controvertidas**. v. 1. São Paulo: Métodos, 2005. p. 445-460. p. 455.

ascendente dos herdeiros com que concorrer, significando que, quando houver tão somente descendentes exclusivos, não há como se cogitar a reserva da quarta parte.

Bem afirmou Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Logo, essa foi a opção do legislador civil brasileiro – a de privilegiar o cônjuge concorrente com a reserva da quarta parte da herança, *apenas* no caso de concorrência com herdeiros dos quais fosse ascendente – e, por essa razão, essa opção passa a valer como paradigma para a exegese do regramento, pelo futuro doutrinador, bem como pelo futuro aplicador do direito, tudo em prol de uma sadia consolidação jurisprudencial do porvir.⁵⁶

No mesmo sentido, José Luiz Gavião de Almeida⁵⁷; Mário Luiz Delgado⁵⁸; Jorge Shiguemitsu Fugita⁵⁹; Carlos Roberto Gonçalves⁶⁰; Sílvio de Salvo Venosa⁶¹; dentre outros.

Mas a pergunta a que o Código Civil não responde é a situação em que o cônjuge concorre com descendentes de origem híbrida: um ou alguns são filhos somente do autor da herança, e os demais são filhos em comum com o cônjuge sobrevivente. A essa pergunta diversos juristas apontaram soluções, as quais serão expostas adiante.

Vale ressaltar que a aplicabilidade do artigo em questão dependerá do regime de bens que for adotado no casamento, ou seja, está restrita às hipóteses do artigo 1829, I, do Código Civil, o qual já restou explanado.

⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do Companheiro e do Cônjuge na Sucessão dos Descendentes. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**. v. 1. São Paulo: Método, 2005. p. 417-443. p. 438.

⁵⁷ ALMEIDA; AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 223.

⁵⁸ DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Uma Proposta de Harmonização do Sistema. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**. v. 3. São Paulo: Método, 2005. p. 417-446. p. 437.

⁵⁹ FUGITA, Jorge Shiguemitsu. **Comentários ao Código Civil**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1309.

⁶⁰ GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 157.

⁶¹ VENOSA. **Direito...** (*cit.*) v. 7. p. 129.

Ademais, em que pese a lei tratar de “quarta parte da herança”, e não “quarta parte da legítima”, a interpretação deve ser no sentido de que ela deve ser calculada a partir daquilo que vai ser objeto da legítima⁶². A quarta parte estaria, como bem registra Nelson Nery Junior⁶³, entre o limite mínimo da legítima (artigo 1847⁶⁴) e o limite máximo do total da herança, se ocorrer qualquer das hipóteses do artigo 1788⁶⁵.

No mesmo sentido, assevera José Luiz Gavião de Almeida:

Não é possível que (o legislador) tenha-se referido ao total do patrimônio do falecido, mas apenas aos bens que serão transmitidos por sucessão legítima. Assim não fosse, haveria benefício extremamente amplo ao cônjuge em comparação com os demais herdeiros. Depois, para que amparada ficasse a posição do cônjuge, macular-se-ia ou a legítima dos descendentes ou o direito de dispor, o falecido, por testamento. E não se pode entender que tenha pretendido o legislador afetar um ou outro desses direitos⁶⁶.

Corroborando com o exposto o entendimento de Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, no sentido de que deve haver “tratamento igualitário na totalidade dos bens particulares”⁶⁷, não podendo ser incluídos os bens comuns na reserva da quarta parte ao cônjuge.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 990.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Art. 1.847. Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação.

⁶⁵ Art. 1788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

⁶⁶ ALMEIDA; AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 228.

⁶⁷ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos Polêmicos na Sucessão do Cônjuge Sobrevivente**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2004. p. 202.

4.2 Soluções doutrinárias e jurisprudenciais que resolvem a questão da concorrência híbrida

É dito “concorrência híbrida” ou “concorrência mista”, quando há, concorrendo à herança, descendentes exclusivos do de *cujus* e descendentes comuns entre o de *cujus* e o cônjuge sobrevivente.

A doutrina é bastante divergente ao determinar qual é o alcance do preceito do artigo 1832, bem como quais são seus limites de aplicação, quando há concorrência híbrida. A doutrina adota alguns posicionamentos diferentes, sendo que podem ser agrupados em três grupos ou correntes.

O primeiro grupo entende que a reserva da quarta parte só pode ser deferida ao cônjuge quando for ascendente de todos os herdeiros com quem concorrer. Esta posição é a defendida pela maior parte dos civilistas.

O segundo grupo entende que todos os descendentes deveriam ser tratados como comuns, assegurando-se, assim, o mínimo de um quarto da herança ao cônjuge, em qualquer caso.

Para o terceiro grupo, a solução deveria surgir de uma operação matemática, para que fosse atendida a determinação do Código, sem prejuízo dos descendentes. É a chamada solução mista.

Passo a expor os entendimentos de alguns juristas.

Eduardo de Oliveira Leite⁶⁸ traz três propostas, e elege a terceira: “Composição pela solução mista, dividindo-se proporcionalmente a herança,

⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão dos Cônjuges. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**. v. 1. São Paulo: Método, 2005. p. 445-460. p. 458.

segundo a quantidade de descendentes, com posterior abatimento da reserva na quota dos herdeiros comuns”.

No exemplo dado, o montante total é de R\$ 100.000,00, os descendentes comuns são três, e os descendentes exclusivos são dois. Se a herança for dividida proporcionalmente, teremos R\$ 20.000,00 para cada descendente. Subtraindo-se a quarta parte de R\$ 60.000,00, que corresponde à soma das quotas dos três filhos, teremos que a parcela devida ao cônjuge é de R\$ 15.000,00, restando R\$ 45.000,00 para redistribuir entre os três descendentes comuns, totalizando R\$ 15.000,00 para cada um. Então, houve desobediência à regra do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, que determina a igualdade dos filhos, e não parece ser esta a intenção do legislador.

Seguindo raciocínio parecido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka propõe a “composição pela solução híbrida, subdividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo”⁶⁹.

Explicando a proposta, elucida a autora que a herança seria dividida em duas sub-heranças (uma para os descendentes comuns e outra para os descendentes exclusivos) e que o cônjuge participaria em ambos os montes, refazendo-se os cálculos até que a quota do cônjuge equivalesse à quarta parte da herança, no mínimo, obedecendo à regra do artigo 1832, sem prejudicar os descendentes exclusivos. No entanto, a própria autora conclui que a proposta seria de difícil aplicação prática⁷⁰.

Asseverou Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi:

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do Companheiro e do Cônjuge na Sucessão dos Descendentes. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**. v. 1. São Paulo: Método, 2005. p. 417-443. p. 440.

⁷⁰ HIRONAKA. Concorrência... (*cit.*). p. 440.

Dessa forma, injusta a reserva de quarta parte da herança ao cônjuge sobrevivente, em detrimento do direito, não só dos filhos, como dos descendentes em geral. Melhor seria se houvesse, a exemplo de outras legislações alienígenas, quinhões iguais para descendentes (aqui filhos exclusivos ou comuns) e cônjuge.⁷¹

No entendimento da citada autora, portanto, nas hipóteses de concorrência híbrida, não há como assegurar a igualdade dos filhos, ao tempo em que se reserva a quarta parte da herança para o cônjuge somente na concorrência com os descendentes comuns.

Por seu turno, Mário Luiz Delgado⁷² entende que a quarta parte da herança somente deve ser reservada ao cônjuge quando todos os ascendentes forem comuns. A uma, porque a intenção do legislador foi trazer benefícios ao cônjuge, porém sem prejudicar os filhos. Sendo os filhos comuns, o montante que o cônjuge recebeu a maior reverterá futuramente aos filhos. A duas, porque a regra da proporcionalidade está em desacordo com os princípios da operabilidade (por tornar difícil o cálculo) e da isonomia (por violar a norma constitucional que assegura a igualdade entre todos os filhos).

No mesmo sentido opina Carlos Roberto Gonçalves⁷³, afirmando que a intenção do legislador seria contemplar o cônjuge com a quarta parte do montante somente quando todos os descendentes fossem comuns. Assim também os entendimentos de Euclides de Oliveira⁷⁴, Inacio de Carvalho Neto⁷⁵ e Zeno Veloso⁷⁶, dentre outros.

⁷¹ DANELUZZI, *Op. cit.*, p. 206.

⁷² DELGADO. *Op. cit.*, p. 438.

⁷³ GONÇALVES. *Op. cit.*, p. 157.

⁷⁴ OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas – Direito das Sucessões**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008. p. 99.

⁷⁵ CARVALHO NETO, Inacio de. **Direito...** (*cit.*) p. 137.

⁷⁶ VELOSO, Zeno. **Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 17, abril/maio 2003. p. 146.

De outro lado, o posicionamento de Francisco José Cahali⁷⁷ é de que a reserva da quarta parte da herança é devida ao cônjuge também quando há filiação híbrida. Isto conforme a interpretação literal do texto da lei, que não utiliza o vocábulo *todos*, ou qualquer sinônimo, para se referir aos descendentes, nem tampouco o vocábulo *único*, para se referir ao ascendente. Se a lei não restringe, é permitido.

⁷⁷ CAHALI. *Op. cit.*, p. 216.

5 CONCLUSÃO

Não há entendimento pacificado na doutrina brasileira quanto à interpretação que se deva dar ao artigo 1832 do Código Civil.

Cada jurista defende seu posicionamento, fundamentadamente, sendo tarefa difícil escolher a que corrente se filiar, tendo em vista os bons argumentos que amparam cada uma das opiniões.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka traz uma sugestão de proposta de alteração do texto do artigo 1832 do Código Civil, para que se solucionem as dúvidas com relação à sua aplicação:

Art. 1832 – Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes quinhão igual àquele que couber a cada qual dos herdeiros que sucederem por cabeça.

Parágrafo único – Se a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes se produzir exclusivamente em relação a herdeiros dos quais sejam ascendentes, ser-lhes-á deferida, ao menos, a quarta parte do acervo de bens sobre o qual incidiu a referida concorrência.⁷⁸

Com isso, garantir-se-ia também ao companheiro o direito à reserva da quarta parte e esclarecer-se-ia que ela somente seria deferida quando os descendentes fossem comuns.

Por fim, sugere-se um modelo para a aplicação da norma do artigo 1832, nos casos de concorrência híbrida.

Tomando-se como exemplo hipotético o autor da herança que tenha deixado cônjuge, quatro filhos comuns, e quatro filhos exclusivos. Como o número de filhos é igual, divide-se a herança em duas sub-heranças, fazendo o cônjuge participar em

⁷⁸ HIRONAKA. Concorrência... (*cit.*). p. 443.

cada uma das sub-heranças, como se fosse “meia pessoa”, porque seria injusto participar “inteiro” em ambos os montes, já que a herança é única. Cada sub-herança seria igual a 50%, ou $\frac{1}{2}$ (metade) do monte total, justificando-se a divisão exatamente ao meio por haver o mesmo número de filhos em cada sub-herança.

Na primeira sub-herança, a dos filhos comuns, o cônjuge teria a participação de $\frac{1}{8}$ (um oitavo) do total, já que a sua quota parte seria de $\frac{1}{4}$ (um quarto) como prevê a lei, dividido pela metade, que equivale a sua participação na sub-herança.

O restante, $\frac{7}{8}$ (sete oitavos), seria dividido entre os quatro filhos.

Na segunda sub-herança, a dos filhos exclusivos, a participação do cônjuge seria de $\frac{1}{10}$ (um décimo), equivalente a metade de $\frac{1}{5}$ (um quinto), já que, neste caso, a lei prevê que a divisão seja igualitária, considerando que o cônjuge só participe na metade do montante, já que a “outra metade” do cônjuge está na primeira sub-herança.

Aqui, da mesma forma, os $\frac{9}{10}$ (nove décimos) restantes seriam partilhados entre os filhos.

O cônjuge receberia $\frac{1}{8}$, acrescido de $\frac{1}{10}$ da herança, ou seja, $\frac{9}{40}$ do total.

Para calcular o montante devido a cada filho, somar-se-ia o total de cada sub-herança, retirada a quota do cônjuge, ou seja, $\frac{7}{8}$ da primeira sub-herança, e $\frac{9}{10}$ da segunda, e dividir-se-ia o total por 8 (oito), que representa o número total de filhos, de modo que atenderia o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, inserto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal.

Desta forma, o cônjuge receberia um valor menor do que a quarta parte reservada pela lei na primeira sub-herança ($\frac{9}{40}$ é menor que $\frac{1}{4}$) e ao mesmo tempo maior que o que receberia na segunda sub-herança ($\frac{9}{40}$ é maior que $\frac{1}{5}$).

Parece uma solução justa, que atenderia às normas do Código Civil, ao tempo em que respeitaria a igualdade de direito dos filhos, o que parece ser a grande preocupação doutrinária.

Solução parecida é a dada por Dimas Messias de Carvalho e Dimas Daniel de Carvalho:

A única alternativa que não viola o princípio constitucional e apresenta a melhor solução é calcular o quinhão do cônjuge, obedecendo as regras do art. 1.832, do Código Civil, e o restante distribuir em igualdade para todos os filhos, obedecendo ao princípio da igualdade dos filhos (art. 227, § 6º, CF), posto que os filhos só do falecido não podem possuir mais direitos que os comuns.⁷⁹

É como considera-se, pois, que deveria ser aplicado o artigo 1832 do Código Civil, na hipótese em que há filhos comuns e exclusivos concorrendo à herança.

⁷⁹ CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões – Inventário e Partilha**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007. p. 80.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; AZEVEDO, Álvaro Vilhaça de. **Código Civil Comentado**. v. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil**. v. 6. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões – Inventário e Partilha**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

CARVALHO NETO, Inacio de. **A Constitucional Discriminação entre Irmãos Germanos e Unilaterais na Sucessão dos Colaterais**. Disponível na internet em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto729.rtf>. Acesso em: 13 ago. 2009.

_____. **Direito Sucessório do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo: Método, 2007.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Aspectos Polêmicos na Sucessão do Cônjuge Sobrevivente**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2004.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na Sucessão do Cônjuge e do Convivente. Uma Proposta de Harmonização do Sistema. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**. v. 3. São Paulo: Método, 2005. p. 417-446.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FUGITA, Jorge Shiguemitz. **Comentários ao Código Civil**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das Relações de Parentesco. *In*: **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. rev. atual. 2. tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIRARDI, Leopoldo Justino. **Curso Elementar de Direito Romano**. Porto Alegre: Editora Acadêmica, 1984.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VII. 2. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOZZO, Débora. **Comentários do Código Civil Brasileiro**. v. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Concorrência do Companheiro e do Cônjuge na Sucessão dos Descendentes. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas**. v. 1. São Paulo: Método, 2005. p. 417-443.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão do Cônjuge. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Novo Código Civil - Questões Controvertidas**. v. 1. São Paulo: Métodos, 2005. p. 445-460.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil – Direito das Sucessões**. v. XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Direito Civil Aplicado – Direito de Família**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito Civil Aplicado – Direito das Sucessões**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. v. 6. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança – A Nova Ordem da Sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas – Direito das Sucessões**. 21. ed. rev. atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária**. 18. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VELOSO, Zeno. **Sucessão do Cônjuge no Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 17, abril/maio 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. v. 6. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. v. 7. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnold. **O Novo Direito das Sucessões**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.