

ASPECTOS DOS DIREITOS DO CÔNJUGE NO DIREITO SUCESSÓRIO EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*Lúcia Emy Mizote**

SUMÁRIO: 1. O Cônjuge e o Direito das Sucessões. 2. A Sucessão legítima do Cônjuge no novo Código Civil. 3. O Cônjuge como Herdeiro pela Inexistência de Herdeiros Necessários. 4. Restrição Legal ao Cônjuge Separado Judicialmente ou de Fato. 5. Considerações sobre o Direito Real de Habitação e o Usufruto Vidual. 6. O Cônjuge na Sucessão Testamentária. 7. Conclusão. 8. Referências.

No direito antigo, o cônjuge era colocado depois dos colaterais, chamados a suceder em grau tão remoto, que dificilmente seria herdeiro. No novo Código Civil, o cônjuge viu sua posição ser elevada, passando a ter *status* de herdeiro necessário.

A participação do cônjuge na sucessão do *de cuius* varia conforme concorra com descendentes ou ascendentes, e também varia conforme o regime de bens em que era casado.

A doutrina ainda está se familiarizando com as mudanças, e espera-se muito trabalho da jurisprudência para aparar arestas que certamente surgirão, no exame dos casos in concreto, que vierem a ser submetidos à apreciação das Instâncias Superiores da Justiça.

1. O CÔNJUGE E O DIREITO DAS SUCESSÕES

A morte é um fato jurídico que produz efeitos gerais. O mais importante deles é o de fazer cessar a personalidade. Produz também efeitos sucessórios, pois o evento morte designa a abertura da sucessão¹.

Clóvis Beviláqua define Direito Hereditário ou das Sucessões, como o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do

* Advogada. Especialista em Direito Civil (Família e Sucessões) e Processual Civil pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. Membro do Projeto de Pesquisa "Análise do princípio do direito de igualdade jurídica nas relações familiares, sob a perspectiva do Direito Civil e do Direito Constitucional Brasileiros".

¹ NERY, R.M. de A. Aspectos da Sucessão Legítima *in* O Novo Código Civil - Estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale. São Paulo: Editora LTr. 2003. p. 1369.

patrimônio de alguém que deixa de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança, e quem o recebe se diz herdeiro².

Temos em nosso direito a sucessão legítima e a testamentária. A primeira ocorre quando o autor da herança falece sem deixar testamento ou este caducar ou for julgado nulo. A sucessão testamentária decorre da declaração de vontade do testador. As duas formas de sucessão podem coexistir, operando-se simultaneamente na mesma transmissão *causa mortis*, cuidando da sucessão testamentária o testamenteiro e da sucessão legítima, o inventariante.

Nosso sistema jurídico adota o princípio da *droit de saisine*, em que o acervo patrimonial do falecido, transmite-se aos seus herdeiros legítimos e/ou testamentários, no instante da morte, por uma ficção jurídica, mesmo que os beneficiários não tenham conhecimento do falecimento ou de sua situação de herdeiro.

Esse sistema de origem germânica, e amplamente adotado pelo Direito Francês, foi introduzido no Direito Português, em meados de 1.754; daí a regra de transmissão passou ao Direito Brasileiro, pelo artigo 978 da Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas.

Esta é a fonte do artigo 1.784 do novo Código Civil, que dispõe que, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Uma consequência importante, é que os herdeiros podem, por si, defender a posse dos bens da herança. O herdeiro, embora tenha direito a uma fração da herança, tem o poder de defender todo o acervo, até que haja a partilha dos bens. Poderão exercer ação possessória contra esbulho, turbação, ou interdito possessório, para resguardar seus direitos.

Herdeiros legítimos são os sucessores que a lei determina. Obedecem a uma ordem de vocação hereditária disposta no artigo 1.829 do novo Código Civil. É composta pelos descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e os colaterais. Dessa classe, excluindo-se os colaterais, temos os herdeiros necessários, que não podem ser excluídos da herança, por simples vontade do testador, exceto os casos específicos de deserção e indignidade previstos em lei.

O artigo 1.789 da nova legislação, dispõe que a liberdade de testar está limitada à metade da herança. A outra parte, denominada legítima, pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários.

Não se pode confundir o termo sucessão com meação. A meação é instituto do Direito de Família e refere-se ao regime de bens. Por ocasião da

² BEVILÁQUA, C. Direito das Sucessões. Campinas: Red Livros. 2000. p. 52

morte de um dos consortes, ou no caso de separação, o outro terá direito à partilha dos bens comuns, que constitui a meação.

Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento.

Na meação os bens também pertencem ao sobrevivente, que adquiriu o bem juntamente com o *de cujus*; mesmo estando em nome apenas do falecido.

Na sucessão, os bens pertenciam ao falecido, sendo deferido o direito ao cônjuge supérstite, devido ao seu *status* de herdeiro, seja legítimo ou testamentário.

1.1 A Sucessão do Cônjuge no Código Civil de 1916

Na época das Ordenações Filipinas, o cônjuge só era chamado à sucessão, após os colaterais de décimo grau³. Era muito remota sua convocação.

Foi com a Lei Feliciano Pena - Decreto nº 1.839, de 31.12.1907, que o cônjuge sobrevivente passou adiante dos colaterais na ordem de sucessão hereditária; passou a figurar em terceiro lugar. Também com esta lei, limitou-se a ordem de sucessão dos colaterais até o sexto grau.

Essa mesma Lei reduziu a legítima de dois terços, para a metade dos bens do testador, aumentando então, a quota disponível, de um terço, para a metade do seu patrimônio. Esse dispositivo já era previsto no Código de Beviláqua, e foi incorporado no novo Código, artigo 1.789.

No Código de 1916, o cônjuge sobrevivente não herdava se houvesse descendentes e ascendentes; não possuía a qualidade de herdeiro necessário, podendo ser afastado da sucessão, por simples vontade do testador. O cônjuge tinha a meação, que nada tem a ver com direito sucessório.

2. A SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Com o novo Código, o Cônjuge passou a ser herdeiro necessário. Além de herdeiro necessário, ele poderá ser herdeiro concorrente com os

³ ALMEIDA. C.M. de. Quarto Livro das Ordenações. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Typographia do Instituto Philomático. 1.870. p. 947-948.

descendentes, conforme o regime de bens do casamento e concorrente com os ascendentes, neste caso, independente do regime de bens do casamento.

Com a nova Lei, somente os colaterais podem ser afastados da herança, por testamento.

A doutrina sempre defendeu a colocação do cônjuge como herdeiro necessário. A intenção foi, na verdade, proteger a mulher (mas a situação se aplica a ambos); que, não tenha sido contemplada com a meação, e não tenha meios próprios de subsistência.

O jurista Miguel Reale, justifica a razão do cônjuge ser elevado à categoria de herdeiro necessário. Segundo suas palavras, é que, durante dezenas de anos vigeu no Brasil, como regime legal de bens, o regime de Comunhão Universal, no qual o cônjuge sobrevive não concorre na herança, por já ser "meeiro".

Com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), o regime legal passou a ser o da Comunhão Parcial. Tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança⁴.

Quanto ao regime jurídico do casamento, de acordo com o artigo 1.829:

Herda o cônjuge se casado com o falecido pelo regime da Comunhão Parcial, tendo o falecido deixado bens particulares;

Herda se casado pelo regime de Participação Final nos Aquestos.

Herda se casado no regime da Separação Convencional de Bens, sendo este posicionamento ainda controverso na doutrina e jurisprudência.

Pela literalidade do artigo 1.829, depreende-se que o cônjuge é herdeiro se casado no regime da Separação Convencional. Entretanto, temos o posicionamento de alguns autores, que vêem nessa situação, uma incompatibilidade entre a autonomia da vontade dos nubentes de dispor acerca de seus patrimônios, e a lei que incluiria o cônjuge entre os herdeiros.

Para Marilene Silveira Guimarães⁵, a norma do artigo 1.829, inciso I do novo Código Civil, ao incluir o cônjuge casado sob o regime de Separação Convencional de bens como herdeiro, veio a ferir a autonomia dos cônjuges que optaram pela incomunicabilidade absoluta do patrimônio, seja através de pacto especial, seja adotando o regime de Separação Convencional.

⁴ Cf. REALE, M. O Cônjuge no novo Código Civil *in* Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora RT. 2003. p. 62.

⁵ GUIMARÃES, M.S. Família e Empresa - Questões Controvertidas *in* Novo Código Civil Questões Controvertidas. Mário Luiz Delgado, Jones Figueiredo Alves(coord) São Paulo: Editora Método. 2003. p. 299.

Mesmo que os cônjuges desejassem dispensar a comunicação patrimonial na sucessão através de pacto antenupcial, essa cláusula seria nula por afrontar norma absoluta, de interesse público, impositiva, como são as normas do Direito Sucessório.

Para o coordenador do novo Código Civil, Miguel Reale, "há quem entenda que (...), o cônjuge seria herdeiro necessário também na hipótese de ter casado no regime de separação de bens (art 1.687), o que não me parece Aceitável".⁶

Conforme a opinião do renomado jurista⁷,

A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão "separação obrigatória" aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641.

Essa minha conclusão ainda mais se impõe ao verificarmos que - se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança - estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão de conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1.828, inc. I, (sic), fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática.

Conclui seu raciocínio: "se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inciso I do art. 1.828 (sic), o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo "obrigatória". Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, "se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens".⁸

2.1 Concorrência do Cônjuge Sobrevivo com Descendentes

Aberta a sucessão, serão chamados primeiro a suceder, os descendentes.

O cônjuge sobrevivente irá concorrer com os descendentes, dependendo do regime de bens do casamento.

Foi atribuída posição mais favorável ao cônjuge no novo Código porque, além de ser herdeiro necessário, será ele herdeiro concorrente, em propriedade, com os descendentes e com os ascendentes.

⁶ REALE, M. O Cônjuge no novo Código Civil *in* Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Ed. RT. 2003. p. 61

⁷ REALE, M. Id. p. 63

⁸ Idem, *ibid.* p. 63

O cônjuge supérstite não concorre com os descendentes se foi casado com o falecido no regime de Comunhão Universal (art 1.667) ou no de Separação Obrigatória de bens (art 1.641). Também não concorrerá, caso o regime tenha sido o de Comunhão Parcial, e o autor da herança não houver deixado bens particulares, considerando que nesta hipótese tudo já será dividido meio a meio, pois o cônjuge aqui é meeiro.

Pelo novo Código Civil haverá a concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuía patrimônio particular.

A intenção do legislador foi tornar o cônjuge sobrevivente herdeiro, quando não existir bens decorrentes da meação. Visou-se proteger o cônjuge quando este nada recebe a título de meação.

Assim, quando casado em regime de Comunhão de Bens, porque o patrimônio já lhe pertence na metade, o cônjuge não concorrerá com os descendentes.

No regime de Separação Obrigatória de Bens, o cônjuge não herda, pois do contrário, não haveria motivos para a existência desse regime, que visa justamente separar os patrimônios. Haveria fraude a esse regime.

Entretanto, deve-se levar em conta que os cônjuges podem, durante a convivência, amealhar patrimônio comum. Durante a vigência do Código Civil de 1916, pacificou-se o entendimento de que, casados sob esse regime, comunicam-se os bens adquiridos durante o casamento (Súmula 377 STF).

Segundo prevê Silvio Venosa, a jurisprudência certamente se encarregará de abrandar o rigor imposto, levando em consideração o caso concreto apresentado⁹. Deve-se manter o entendimento da Súmula 377.

2.2 Concorrência do Cônjuge Sobrevivo com Filhos Comuns e Filhos só do Autor da Herança

A lei distingue, para efeito de concorrência, se os filhos são comuns do cônjuge sobrevivente ou se apenas filho do cônjuge falecido.

Se o cônjuge sobrevivente concorrer com filhos comuns, sua quota assegurada será de um quarto da herança, conforme disposto no artigo 1.832 do novo Código.

Assim, se concorre com um filho, a herança será dividida ao meio.

Se o falecido deixou quatro filhos comuns, ao cônjuge sobrevivente caberá um quarto (IA) da herança; os três quartos (%) restantes serão repartidos entre os quatro filhos.

A maneira que escolheu o legislador para redigir o artigo 1.832, não deixa qualquer dúvida acerca da intenção de se dar tratamento preferencial

⁹ VENOSA, S. Direito Civil- Direito das Sucessões. São Paulo:Ed Atlas. 2003. p.109

ao cônjuge sobrevivente, quando se trata de concorrência com descendentes comuns a ambos.

Em outra situação, se o sobrevivente concorre com filhos só do falecido, não há a reserva da quarta parte, sendo a herança dividida em partes iguais, recebendo cada qual por cabeça. O cônjuge sobrevivente receberá a mesma quota - parte que os demais.

O quinhão do cônjuge será sempre computado conforme o que couber por cabeça (art. 1.835). Assim, o mesmo princípio se aplica, por exemplo, se o cônjuge concorre somente com netos, descendentes de filhos já pré-mortos.

Se o cônjuge sobrevivente concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do falecido, chamada de situação híbrida ou mista, é situação que não foi regulada pelo novo Código.

Autores como Sílvio Venosa, Francisco Cahali entendem que, também neste caso, o cônjuge tem assegurado a reserva da quarta parte.

Se considerar que o cônjuge tem direito à reserva de 1/4 (um quarto) dos bens, ao concorrer em conjunto com filhos comuns e filhos só do autor da herança, outra questão importante que daí decorre, citada por alguns doutrinadores, é onde incidirá a reserva de 1/4 (um quarto), a que tem direito o cônjuge sobrevivente.

Para Eduardo de Oliveira Leite¹⁰, que comenta com precisão a questão, a composição pela solução mista, dividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes, com posterior abatimento da reserva na quota dos herdeiros comuns, é a composição matemática que atende aos preceitos legais, sem ferir a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos herdeiros.

2.2.1. A Questão dos Bens que integram a Concorrência Hereditária

Quando há a concorrência do cônjuge supérstite, que foi casado pelo regime de Comunhão Parcial de bens, com descendentes, devido ao silêncio da lei, temos duas linhas de interpretação sobre a participação do viúvo: se sua concorrência recai sobre toda a herança, composta de meação + bens particulares; ou se somente sobre os bens particulares do falecido.

Convocado o cônjuge, entende Francisco José Cahali¹¹, que ele terá direito a uma parcela sobre toda a herança, recaindo o seu quinhão também

¹⁰ LEITE, E. de O. A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão dos Cônjuges *in* Mário Luiz Delgado, Jones Figueiredo Alves (coord). Novo Código Civil. Questões Controvertidas. São Paulo: Editora Método. 2003. p. 459-460.

¹¹ CAHALI, F.; HIRONAKA, G. Curso Avançado de Direito Civil - Direito das Sucessões. São Paulo: Ed. RT.2003. p. 213

sobre bens nos quais eventualmente já possua a meação. Ou seja, a divisão se fará por todo o patrimônio, não somente sobre os bens particulares.

O autor conclui seu raciocínio, dizendo que, apesar de seu entendimento ser contrário, a tendência deverá ser no sentido de que o direito sucessório do cônjuge deva recair apenas sobre os bens particulares.

Maria Helena Diniz¹² entende que o direito sucessório recai sobre todo o patrimônio: "o consorte sobrevivente, por força do artigo 1829, I, só poderá ser casado sob o regime de Separação Convencional de bens ou de Comunhão Parcial, embora sua participação incida sobre **todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do de cujus.** (...) Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, se casado sob regime de comunhão parcial e **uma parcela sobre todo o acervo hereditário**". (grifos nossos).

Luís Paulo Cotrim Guimarães¹³ entende que recairá somente sobre os bens particulares: "assim, havendo filhos unilaterais do falecido (...) o cônjuge sobrevivente concorrerá com os mesmos, quanto aos bens particulares, em quinhões iguais, por cabeça. Exemplificando: deixando o *de cujus* quatro filhos unilaterais, cada um - inclusive o cônjuge - arrecadará 1/5 da herança (leia-se: dos bens particulares)". (sic).

José Luiz Gavião de Almeida entende que a concorrência recai somente sobre os bens particulares; pois, "tem sucessão concorrente apenas em relação a esses bens particulares, não aos comuns, pois desses já retirou sua meação. Não se concebe que viesse participar duas vezes do mesmo acervo patrimonial"¹⁴.

A opinião de Miguel Reale, parece solucionar a questão, ao justificar a inclusão do cônjuge como herdeiro, devido à alteração trazida com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), em que houve a alteração do regime legal de bens, "o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos *bens particulares* do autor da herança."¹⁵ (grifo nosso).

¹² DINIZ, M.H. Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva.2002.p.106.

¹³ GUIMARÃES, L.P.C. Revista Jurídica Consulex n. 148 de 15 de março 2003. p. 55.

¹⁴ ALMEIDA, J.L.G. de. Álvaro Villaça Azevedo (coord). Código Civil Comentado. v XVIII.2003. p.227.

¹⁵ REALE. M. Op. cit. p. 62.

3. O CÔNJUGE COMO HERDEIRO PELA INEXISTÊNCIA DE HERDEIROS NECESSÁRIOS

De acordo com o artigo 1.837, se o cônjuge sobrevivente concorrer com o sogro e a sogra, a herança será dividida em três partes iguais. Se apenas o sogro ou a sogra forem vivos, ou, se os herdeiros ascendentes forem de grau mais distante, como por exemplo um avô, o cônjuge terá direito à metade da herança.

Em qualquer regime de bens, terá o cônjuge direito à concorrência com os ascendentes. Não há a distinção quanto ao regime de bens do casamento, como na concorrência com os descendentes.

No caso dos herdeiros serem, por exemplo, um avô paterno e dois avós maternos, o cônjuge sobrevivo, herdará a metade (112) do patrimônio, sendo a outra metade dividida novamente ao meio, para o avô paterno e os dois avós maternos.

Conforme disposto no artigo 1.829, não havendo herdeiros nas duas classes anteriores, a herança se destina ao cônjuge em sua integral idade, independentemente do regime de bens do casamento.

Neste caso, o autor da herança só poderá dispor em testamento, em favor de terceiros, de metade do seu patrimônio, tendo em vista a qualidade de herdeiro necessário atribuída ao cônjuge.

Neste caso, o cônjuge só poderá ser afastado da sucessão, nos casos específicos de deserdação, que é o ato pelo qual o autor da herança, em testamento, dizendo expressamente a causa, priva herdeiros necessários da legítima. o Código veio a incluir o cônjuge como herdeiro necessário, mas ao regular a deserdação, só menciona a deserdação dos descendentes por seus ascendentes e a deserdação dos ascendentes por seus descendentes. Nada dispôs sobre o cônjuge. A deserdação deve se fundar nas causas taxativamente apontadas na lei. Há uma omissão legislativa.

A indignidade exclui da sucessão tanto os herdeiros necessários quanto os facultativos e os legatários. A exclusão é pedida por terceiros interessados e obtida mediante sentença judicial.

As causas da indignidade estão apontadas no artigo 1.814 do novo Código e também são causas de deserdação.

4. RESTRIÇÃO LEGAL AO CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE OU DE FATO

Cônjuge herdeiro necessário, para o artigo 1.829 inciso I a III, é aquele que, quando da morte do *de cuius*, mantinha vínculo de casamento, não estava separado judicialmente, ou não estava separado de fato há

mais de dois anos, salvo, nesta última hipótese, se comprovar que a separação de fato se deu por impossibilidade de convivência, sem culpa do cônjuge sobrevivente.

Quando os cônjuges já se encontravam separados judicialmente, prova-se documentalmentemente. Em consequência, nada herdam um do outro.

Pelo Código Civil anterior, não bastava pendência de ação de Separação, ou mesmo a sentença ou acordo homologado; era preciso o trânsito em julgado da decisão para privar o cônjuge do Direito Sucessório.

Pelo novo Código, o cônjuge, ao tempo da morte do outro, não poderia estar separado de fato, há mais de dois anos, sob pena de nada herdar (NCC artigo 1.830).

Entretanto poderá o cônjuge sobrevivente herdar, se provar que a convivência se tornara impossível sem culpa sua. Ou seja, o cônjuge sobrevivente pode ser chamado à sucessão, se provar que não teve culpa na separação, por exemplo, quando é expulso de sua residência em decorrência de violência e maus tratos, com registro em Boletim Policial e Medida Judicial de Separação de Corpos.

Ao permitir a prova de que a ruptura da vida conjugal ocorreu sem culpa do cônjuge supérstite, o legislador abriu espaço para que se discuta fatos do passado, que deveriam ficar no esquecimento; são fatos que precisam ser provados, para uma possível inclusão do cônjuge separado, no rol de herdeiros. Muitas vezes deverão ser encaminhados à via ordinária, para uma melhor apreciação dos fatos, tratando-se de questão de alta indagação.

Ao questionar esses fatos, busca-se exclusivamente benefícios patrimoniais. A pessoa que teria mais interesse em se defender (*de cujus*), não se encontra mais para contestar os fatos alegados.

E se o *de cujus* faleceu em união estável? Como observa Sílvio Venosa, "esse dispositivo, em sua totalidade, será um pomo de discórdias, e terá muita importância o trabalho jurisprudencial" (...) Já se pode prever que muito se digladiarão descendentes e cônjuge sobrevivente; cônjuge separado de fato e companheiro de união estável para se atingir a declaração judicial de exclusão ou admissão de herdeiro. Por tudo isso, a redação do dispositivo não agrada e certamente os rumos da jurisprudência e da doutrina futuras acenarão com novos rumos"¹⁶.

¹⁶ VENOSA, S. Op. cit., p. 110 -111.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E O USUFRUTO VIDUAL

No Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente tinha o direito real de habitação sobre o único imóvel residencial da família, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, desde que casado sob o regime da Comunhão Universal (CC anterior, artigo 1.611, parágrafo 2º).

Fica mantido, pelo novo Código Civil, o direito real de habitação, sem levar em conta o regime de bens do casamento.

Esse direito de habitação é pessoal, extinguindo-se com a morte do cônjuge beneficiário. Mas enquanto este viver, desde que seja o único imóvel residencial a inventariar, pode ali residir, sem pagamento de aluguel aos demais herdeiros, nisso consiste seu direito real de habitação. Não pode alugar a terceiros, ceder - compreende apenas o direito de continuar utilizando, de forma direta, o imóvel.

Se houver no espólio, outros bens imóveis, que possam ser utilizados para moradia do cônjuge sobrevivente, não caberá o direito real de habitação.

Os demais herdeiros serão condôminos do cônjuge sobrevivente, e este poderá inclusive, ter a propriedade, em razão de meação. Mesmo que o cônjuge seja herdeiro ou legatário, não perde o direito real de habitação.

A crítica que destacada doutrina faz a respeito do direito real de habitação do novo Código, é o fato de permitir que o cônjuge beneficiado possa ali conviver em novo casamento ou união estável, pois não há o condicionamento desse direito, ao estado de viuvez. Entende-se que ao constituir nova união, o cônjuge sobrevivente não mais necessitaria desse benefício, e alega-se também razões éticas.

O Projeto de lei nº 6.960 de 2002, prevê a volta da condição de viuvez, como era antes no Código Civil de 1916, para o benefício do direito real de habitação.

Quanto ao usufruto vidual, que foi uma criação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), para proteger o cônjuge sobrevivente do desamparo, não mais existe no novo Código Civil, pois agora o cônjuge foi erigido à categoria de herdeiro necessário, conforme disposto no artigo 1829 e seus incisos.

6. O CÔNJUGE NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O novo Código Civil não definiu o que seja testamento, atendendo ao apelo da doutrina. O conceito de testamento já se acha bastante solidificado, não necessitando de definição, para não afetar a segurança e certeza das relações jurídicas advindas do testamento.

O Código Civil de 1916 dava uma definição de testamento, copiado do Código Civil Francês, artigo 895, que foi criticado pela nossa doutrina; seu principal ponto de crítica era o fato de restringir o conteúdo do testamento a uma manifestação de vontade com o objetivo único de dispor sobre o patrimônio do testador.

No testamento pode-se dispor mais do que o patrimônio do testador. Por meio do testamento, a pessoa pode dispor da totalidade de seus bens ou parte deles, para depois de sua morte, bem como pode fazer determinações de cunho não patrimonial. Ou seja, o testamento pode conter apenas disposições sem nenhum conteúdo econômico.

Conforme exemplifica Zeno Veloso¹⁷, o testador pode utilizar-se do testamento para fazer o reconhecimento de filhos, mesmo nada tendo de patrimônio para lhes transmitir; poderá fazer a deserção, reabilitação do indigno, nomeação de tutor para os filhos menores, a confissão a respeito de qualquer fato, dar instruções sobre seu funeral, e outros. São disposições autônomas, não patrimoniais, embora algumas delas possam, futuramente, ter reflexos patrimoniais.

O testamento é ato de última vontade ou *causa mortis*. O testamento começa a produzir efeitos após a morte do testador. É sempre o ato de última vontade do testador, por maior que tenha sido o intervalo entre a manifestação de vontade do testador e a sua eficácia.

O testamento é negócio jurídico revogável. Deve haver sempre possibilidade do testador revogar as disposições testamentárias. É nula qualquer cláusula que vise afastar a revogabilidade do testamento.

A vontade humana é variável, inconstante; só com a morte é que ela se fixa. Até esse momento, pode o testamento ser alterado pela vontade do testador.

Mesmo revogável, certas disposições não patrimoniais não podem ser revogadas, como a que determina o reconhecimento de filhos. Neste caso, ocorre uma confissão, possibilita-se a uma pessoa o acesso à sua ascendência genética; não seria justo que essa situação fosse modificada ou desfeita por simples arbítrio, porque o declarante mudou de idéia, arrependeu-se do que afirmou, em detrimento do melhor interesse do filho, que precisa ser protegido, e da segurança jurídica, que tem de ser resguardada¹⁸.

O testamento é negócio jurídico formal e solene; essa característica vem do direito antigo. No testamento, não somente a forma prescrita tem de

¹⁷ VELOSO, Z. Comentários ao Código Civil . Parte especial: Direito das Sucessões. São Paulo: Ed. Saraiva. 2003. p.3

¹⁸ VELOSO. Z. Op. cit., . p. 8

ser observada e seguida, como devem ser atendidas e cumpridas as formalidades ou solenidades que a lei exige para cada caso.

As formalidades testamentárias visam cercar de maiores garantias, de toda segurança e autenticidade a manifestação de vontade do testador. Vontade esta que só vai ter eficácia quando o seu autor não mais existir.

Testamento é negócio jurídico unipessoal, individual. Cada testamento deve ser elaborado por uma só pessoa.

Pode ocorrer que marido e mulher façam atribuições *mortis causa* recíprocas, onde cada cônjuge destina ao outro a sua parte disponível, é lícito mas desde que façam em testamentos diversos, em atos separados, ainda que outorgados no mesmo dia, perante o mesmo tabelião e até no mesmo livro de notas, conforme ensina Zeno Veloso¹⁹.

Também nosso Código Civil proíbe o testamento de pessoa viva. Os romanos chamavam-no de *pacta corvina*, proíbe-se porque pode suscitar sentimentos imorais, desejo de que se antecipe a morte da pessoa, de cuja sucessão se trata.

Nem todas as pessoas podem testar; esta capacidade é diferente da capacidade para os atos da vida civil. Só as pessoas físicas podem testar.

A capacidade para testar é examinada no momento em que o testamento é feito. Podem testar os maiores de dezesseis anos. No dia da feitura do testamento, o menor deve ter completado a idade legal. A capacidade é sempre a regra, a incapacidade é a exceção.

A capacidade de testar se regula pelas normas em vigor ao tempo da feitura do testamento; e a capacidade para receber rege-se pela lei vigente ao tempo da morte do testador.

6.1 Aspectos Históricos

Discute-se a origem do testamento no Direito primitivo, embora a ele já haja referências nos poemas homéricos e na Bíblia. Mas, na realidade, parece que os primitivos, que mal conheciam a propriedade individual, não admitiram a sucessão testamentária.

Na Cidade Antiga, a sucessão foi primeiro *ab intestato*. A morte do chefe impunha a transmissão dos bens, a quem pudesse sucedê-lo no culto aos deuses e aos antepassados.

No Direito Romano, a morte do *pater* determinava a sucessão e justificava a transmissão ao filho, não por ser de seu sangue, mas como o continuador do culto. Herdava ele, então, não pela vontade do pai, mas por imposição dos deuses e dos homens. Subordinando à *potestas* do chefe,

¹⁹ VELOSO, Z. Op. cit., 50.

sucedida sem a liberdade de se esquivar. Era herdeiro necessário - *heres necessarius*.

Foi também a continuidade dos deveres religiosos que sugeriu o nascimento da sucessão testamentária. O culto não podendo se interromper, permitiu-se ao *pater familias* designar quem lhe sucedesse nos bens e nas práticas religiosas.

A religião doméstica transmitia-se pelo sangue, de varão a varão. A religião não permitia o parentesco pelas mulheres. Se determinado homem, tendo perdido o filho e a filha, deixasse apenas netos, quem herdava era o filho de seu filho, e não o filho de sua filha. Na falta de descendentes, o herdeiro era o irmão, e não a irmã; o filho de irmão, nunca o filho da irmã²⁰.

Naquela época, o patrimônio como a religião doméstica, transferiam-se para os descendentes, e em falta destes, recorria-se à adoção. Podemos dizer, pois, que a primeira forma de estabelecer uma transferência da propriedade para após a morte, diferente daquela reconhecida pela lei vigente, foi a adoção, e não o testamento.

Adotar um filho era, portanto, velar pela continuidade da religião doméstica, pela conservação do fogo sagrado, pela não-cessação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes dos ancestrais. A adoção, tendo apenas sua razão de ser na necessidade de evitar a extinção de um culto, só era permitida a quem não tinha filhos²¹.

No antigo Direito Romano, anterior à Lei das XII Tábuas, não se pode afirmar, pelos poucos registros históricos que temos, se havia testamento. Mesmo na Lei das XII Tábuas que autorizava o testamento, o trecho é por demais pequeno para uma visão de conjunto.

No Direito do *Corpus Juris Civilis* é que surgiu a figura do testamento como declaração de última vontade, pelo qual se instituía um herdeiro, que sucedia na integralidade do patrimônio do *de cuius*.

A sucessão só se operava pelo lado masculino; a filha não continuaria o culto, pois com seu casamento renunciaria à religião de sua família para assumir a do marido.

No Direito Romano, a sucessão *causa mortis* ou se deferia inteiro, por força de testamento, ou se deferia pela ordem de vocação legal. O patrimônio do *de cuius* se transmitia de forma integral.

Como o herdeiro era continuador da personalidade do morto, dentro da família e do culto aos antepassados, não se admitia o recebimento do patrimônio que não fosse íntegro: não podia o testador dispor de apenas parte de seus bens; por isso não era possível a convivência das duas formas de sucessão: a testamentária e a legítima.

²⁰ COULANGES. F. de. A Cidade Antiga. São Paulo: Editora Hemus. 1975. p. 62-63. 21

²¹ COULANGES. F. de. idem. p. 44

Enquanto no Direito Romano a finalidade do testamento era voltada a assegurar a continuidade pessoal, religiosa e política do *pateifamilias*, na Idade Média, o testamento, sob influência canônica, torna-se instrumento para transferir bens aos conventos, mosteiros, igrejas. Tornou-se costume deixar sempre algo para a Igreja.

Em Portugal, as Ordenações Afonsinas aceitaram e adotaram a noção romana de testamento, assim também as Ordenações Manuelinas e Filipinas.

No Direito Português, com a Lei da Boa Razão de 1769 (Período Pombalino), passou-se a admitir testamento, reconhecendo a possibilidade de falecer alguém regulando, no testamento, o destino de parte dos seus bens, e ficando os remanescentes sujeitos ao regime legal da sucessão.

6.2 O Cônjuge como Herdeiro Testamentário e os Regimes de Bens

Com o novo Código Civil, o cônjuge sobrevivente foi guindado à categoria de herdeiro necessário. Pela redação do artigo 1.829 e seus incisos, verifica-se que a intenção do legislador foi a de chamar o cônjuge à herança, nos regimes em que ele nada recebe a título de meação.

Pode ocorrer do testador querer destinar apenas certo ou certos bens a pessoa determinada. Neste caso trata-se de legado, e o beneficiário denomina-se legatário.

O legado é então, instituto exclusivo da sucessão testamentária. O legatário tem que ser explicitado pelo testador.

O legado pode ser deixado a herdeiro, chamando-se prelegado ou legado precípua e o beneficiado fica então, numa dupla situação, de herdeiro e legatário.

O legatário não é obrigado a aceitar o legado, pois dependendo do caso, pode haver ônus e encargos. Mas uma vez aceita, tem que ser total, não pode haver aceitação parcial.

No caso de prelegado, o herdeiro pode aceitar o legado renunciando a herança, ou aceitar a herança e repudiar o legado, conforme dispõe o artigo 1.808 do novo Código Civil.

O herdeiro necessário tem assegurado o direito à metade dos bens deixados pelo *de cujus*. A outra metade é denominada quota, porção ou metade disponível, podendo o testador destiná-las a quem deseja beneficiar; e as disposições que a excederem reduzir-se-ão aos limites dela (art 1.967).

Para calcular a metade disponível, abatem-se as dívidas do falecido e as despesas do funeral. Após tal redução, reparte-se ao meio o espólio, e a metade encontrada constitui a quota disponível, ou seja, a porção do patrimônio do finado de que pode ele dispor, por testamento, sem qualquer restrição.

À outra parte, adicionam-se o valor das doações recebidas do *de cuius* pelos seus descendentes, e que estes não tenham sido dispensados de conferir, e tem-se a legítima dos herdeiros necessários.

Respeitada a legítima dos herdeiros necessários, o testador pode dar o destino que quiser à quota hereditária disponível, ou seja, à metade da herança.

Em qualquer situação, eventual meação do cônjuge fica preservada em razão do regime de bens adotado.

Se o falecido era casado no regime de Comunhão Universal de Bens, o cônjuge já detém metade (50%) do patrimônio, a título de meação. Neste caso, não é convocado como herdeiro.

Se, além da meação, o cônjuge sobrevivente participasse da concorrência, ele acabaria por receber mais da metade dos bens do casal, enquanto que os filhos receberiam apenas uma pequena parte deste acervo patrimonial. Assim, a solução encontrada pelo legislador é capaz de beneficiar tanto o cônjuge sobrevivente, quanto os seus descendentes,

A outra parte (50%), é dividida ao meio, sendo metade (25%), a legítima dos herdeiros necessários; a outra metade (25%) constitui a quota disponível, podendo inclusive, testá-la a favor do cônjuge.

No regime da Comunhão Parcial, conforme o *de cuius* possuía ou não patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente será convocado como herdeiro ou simplesmente meeiro.

No regime da Comunhão Parcial, o supérstite só concorrerá com os descendentes na hipótese de o *de cuius* ter deixado bens particulares. Nos bens comuns, a metade já pertence ao cônjuge, por direito próprio de meação.

A parte disponível poderá ser destinada ao cônjuge sobrevivente por via testamentária.

O cônjuge sobrevivente poderá ter, se o *de cuius* possuir bens particulares: meação sobre os bens comuns, se houver, mais quota hereditária.

Se o *de cuius* não possuir bens particulares, o cônjuge não é herdeiro, e sim meeiro sobre os bens adquiridos durante o casamento; e poderá, eventualmente, também ser contemplado com disposição testamentária.

No Regime de Separação Convencional de Bens, a doutrina não é pacífica, quanto ao cônjuge ser considerado herdeiro ou não. O grande jurista Miguel Reale, entende que o cônjuge, neste caso, não pode ser herdeiro, pois feriria o artigo 1.687 do novo CC, que regula o regime de Separação Convencional de Bens. Segundo o autor, é um fato inadmissível

que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática²².

Casados pelo regime de Separação Obrigatória de Bens, a lei estipula que deve haver a total separação de bens, pela situação peculiar em que o casamento é celebrado. Mas quanto aos aqüestos, durante a vigência do CC/16, entendia-se que, quanto a esses bens adquiridos na constância do casamento, de forma onerosa, havia a comunicação. Este é o entendimento da Súmula 377 do STF, que prevalecia quando da vigência do Código de 1916.

Se prevalecer esse entendimento na nova ordem civil, ao cônjuge sobrevivente competirá metade dos bens adquiridos na constância do casamento. Logo, desnecessário seria atribuir-lhe, em concorrência com os descendentes, mais alguma quota da herança²³.

Enfim, pode ocorrer de o testador deixar a sua parte disponível, seja total ou parcialmente, ao herdeiro necessário, ou então, beneficiar esse herdeiro com algum legado, neste caso, o gratificado não perderá o direito à legítima, conforme disposto no artigo 1.849 NCC.

A verdade é que, no Brasil, o costume de testar é pouco difundido.

O legislador, ao estabelecer no novo Código Civil, que o cônjuge é herdeiro necessário, retirou uma das hipóteses que antes justificava a feitura de testamento, que era exatamente a intenção do testador de privilegiar o seu cônjuge.

7.CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou de forma sucinta, a evolução do Cônjuge no aspecto sucessório. Conclui-se que o legislador do novo Código se preocupou em manter o prestígio do casamento, protegendo o cônjuge quanto ao aspecto patrimonial, quando este nada recebe a título de meação. O legislador considerou o vínculo conjugal tão importante quanto o vínculo advindo da consangüinidade, resultando numa maior proteção ao cônjuge supérstite.

A doutrina ainda se familiariza com as mudanças, os casos práticos que surgirão, exigindo um minucioso trabalho de ponderação dos juízes serão muitos, principalmente nos casos de separação de fato quando o falecido já convivia em união estável.

²² REALE, M. O cônjuge no Novo Código Civil *in* Estudos Preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora RT. 2003. p. 63

²³ Leite, E. de O. Novo Código Civil. Questões Controvertidas. São Paulo: Editora Método. 2003. 450

Procurou-se proteger o cônjuge, e o fez de tal forma, que muitas vezes acarretará situações injustas. Como alguém que já tenha filho e patrimônio particular, pode casar e fazer que o novo cônjuge não vire herdeiro (nem por concorrência) do patrimônio que possuía antes de casar? Que regime adotar? A nova lei não previu essa situação.

Em outra situação hipotética, uma mulher solteira, com bens particulares, sem descendentes ou ascendentes, que tenha irmãos ou sobrinhos, casa-se com homem que já possua filhos de casamento anterior; se ela vem a falecer, sem deixar testamento, o marido herdará seu patrimônio. Ele herda mesmo se estivesse separado de fato, há mais de dois anos, se provar que não foi o culpado pela separação. Pela nova Lei, ele terá preferência sobre os colaterais. Nesta situação prática, sua qualidade de herdeiro independe do regime de bens com que era casado.

Para quem se encontra nessa situação, até que alterações venham a ser feitas ao novo Código Civil, a União Estável passa a ser mais atrativa do que o casamento.

Na União Estável, o convivente herda quanto aos bens que foram adquiridos onerosamente, na vigência da União Estável.

7. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, C.M. de. *Quarto Livro das Ordenações. Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. Typographia do Instituto Philomático. 1.870.
- ALMEIDA, J.L.G. de; AZEVEDO, Á.V. *Código Civil Comentado. Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima*. (artigos 1.784 a 1.856). São Paulo: Editora Atlas. 2003. v. XVIII
- BEVILÁQUA, C. *Direito das Sucessões*. Campinas: Red Livros. 2000.
- CAHALI, F.J.; HIRONAKA, G.M.F.N. *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. v. 6
- COULANGES, F. de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Editora Hemus. 1996.
- DELGADO, M.L.; ALVES, J.F. (coord). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Método. 2003. v 1
- DINIZ, M.H. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Saraiva. 2002. v 6.
- FIUZA, R. (coordenador). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Editora Saraiva. 1. ed. 2003.

LÔBO, P.L.N.; AZEVEDO, Á.V. (coordenador). *Código Civil Comentado*. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. São Paulo: Editora Atlas. 2003. v. XVI

LODRES, J.c.; GUIMARÃES, T.M.L.D. *Novo Código Civil Comentado*. 2 ed. Belo Horizonte: Dei Rey. 2003.

MARTINS FILHO, IG.; MENDES, G.F.; FRANCIULLI NETO, D. (coord). *O Novo Código Civil - Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: Editora LTr. 2003.

REALE, M. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: Editora RT. 2003 RODRIGUES, S. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 25 ed. atual. por Zeno Veloso . São Paulo: Saraiva, 2002. v. VII.

VELOSO, Z. *Comentários ao Código Civil*. Parte especial: Direito das Sucessões (artigos 1.857 a 2027). São Paulo: Editora Saraiva. 2003. v. 21

VENOSA, S. de S. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. São Paulo: Editora Atlas. 2003. v. VII

W ALD, A. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Sucessões. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. v. V
<http://www.intelligentiajuridica.com.br/IPL1.htm>.PROJETODELEIW6960.D
E 2002 . Ricardo Fiúza. Ano III - W 36 - Outubro/03 . acessado em 10 janeiro de 2004.

