

PONDERAÇÕES ELEMENTARES ACERCA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS HERDEIROS DO CÔNJUGE FALECIDO, NO ATUAL CÓDIGO CIVIL (DE 1916) E NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Ilza Andrade Campos Silva^{*}

SUMÁRIO: 1. Considerações Introdutórias; 2. Generalidades; 3. Formas de sucessão; 4. Herdeiros do cônjuge falecido; 5. Sucessão e o bem de família; 6. Sucessão e o direito alimentar; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS¹

O presente trabalho tem por objetivo uma análise elementar dos direitos sucessórios dos herdeiros do cônjuge falecido, sob o enfoque do atual código civil, de 1916 e do novo código civil.

Não intenta o presente detalhar todas as questões atinentes ao tema, até porque sua abrangência é muito vasta, e isso não seria possível no âmbito desse trabalho consistente em avaliação parcial de disciplina de mestrado, cujo tempo de elaboração foi exíguo.

Por essa razão, delimitou-se alguns aspectos considerados de maior relevância e atualidade para serem explorados mais detalhadamente, ainda que de forma elementar, sem maiores aprofundamentos.

Assim, na primeira parte do texto, localiza-se a matéria na legislação codificada em vigor e na nova codificação prestes a vigorar, apresentando-se ainda, generalidades e noções conceituais atinentes à sucessão dos herdeiros do cônjuge falecido.

^{*} Especialista em administração universitária. Aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Maringá.

¹ Este texto foi elaborado em decorrência dos estudos efetuados na disciplina Formas de Constituição e Dissolução das Entidades Familiares, ministrada pelo Professor Doutor José Sebastião de Oliveira.

A segunda parte do texto trata de forma específica dos herdeiros do cônjuge falecido, elencando-os na ordem disposta na legislação e tecendo comentários acerca de cada um deles, procurando destacar as inovações trazidas pelo novo código civil.

A terceira parte contém, de maneira sucinta, as formas de sucessão do nosso ordenamento jurídico.

Na quarta parte aborda-se a questão do bem de família após o falecimento do cônjuge.

A quinta e última parte versa a respeito do direito alimentar, sob o enfoque sucessório.

2. GENERALIDADES

o direito das sucessões encontra-se disciplinado no Código Civil de 1916 no Livro IV, Título I (da sucessão em geral); Título II (da sucessão legítima); Título III (da sucessão testamentária), e Título IV (do inventário e partilha), artigos 1.572 a 1.805.

No novo Código Civil de 2002 o tema é tratado no Livro V, Título I (da sucessão em geral); Título II (da sucessão legítima); Título III (da sucessão testamentária) e Título IV (do inventário e da partilha), artigos 1.784 a 2.027.

A apresentação da matéria no novo código encontra-se melhor distribuída uma vez que vem na seqüência do direito de família ao qual encontra-se diretamente ligada, o que não ocorre no código vigente, o de 1916.

Quando uma pessoa morre, no mesmo instante transmite-se aos seus herdeiros a posse e a propriedade de seus bens, independentemente da prática de qualquer ato. Considera-se pois, aberta a sucessão.

O código civil de 1916, em seu artigo 1.572, adotou a doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade, doutrina essa originada do *droit de saisine*, fixado por volta do século XIII, na França. Tal direito consiste justamente na transmissão imediata da propriedade e posse dos bens diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit le vif*².

O mesmo princípio foi mantido no novo código civil, artigo 1.784³.

A transmissão dos bens do falecido, o *de cuius*, ocorre assim, pela sucessão *causa martis*.

² Pereira, C. M. da S. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 16.

³ "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimas e testamentários."

A sucessão também pode ocorrer por ato *inter vivos*, como é o caso de uma compra e venda.

No direito das sucessões estuda-se apenas a sucessão *causa mortis*, que disciplina a transmissão do patrimônio do falecido.

A abertura da sucessão deve ser feita no lugar onde o autor da herança tinha seu último domicílio porque presume-se ser este a sede dos seus negócios, ainda que os bens situem-se em outro local.

O herdeiro pode aceitar ou não a herança que lhe é transmitida.

A aceitação é expressa quando declarada por escrito. É tácita quando o herdeiro pratica atos compatíveis com sua condição tais como o transporte de bens para o seu domicílio e a representação por advogado no inventário.

O herdeiro que não aceita a herança, abdicando de seus direitos, deverá fazê-lo através de renúncia, por escritura pública ou termo judicial (CC, art. 1.581), nos autos do inventário.

A renúncia em favor do monte, a todos os co-herdeiros, implica no pagamento do imposto *causa mortis*.

A renúncia em favor de determinada pessoa implica no pagamento do imposto *causa mortis* e também no do *inter vivos*.

Podem ser excluídos da sucessão, por disposição legal (CC, art. 1.595), aqueles que praticaram atos condenáveis (atentado contra a vida, honra ou liberdade de testar) contra o *de cuius*, bem como aqueles que foram deserdados.

A exclusão do herdeiro pela prática de ato condenável dá-se através de ação judicial cuja sentença declarará a indignidade (pena civil que priva do direito à herança).

A deserção dá-se através do testamento, com declaração da causa (CC, art. 1.742), que pode ser uma das que justificam a exclusão por indignidade, acima mencionadas, bem como as elencadas nos artigos 1.744 e 1.745 do Código Civil: 1) ofensas físicas (demonstram falta de afeição); 2) injúria grave (atingem a honra e a dignidade do testador); 3) desonestidade da filha que vive na casa paterna (revela falta de respeito); 4) relações ilícitas com a madrasta ou padrasto, com a mulher do filho ou neto, ou com o marido da filha ou neto (são incestuosas e adúlteras); 5) desamparo do ascendente, filho ou neto em alienação mental ou grave enfermidade (indica desafeição pelo autor da herança e falta de sentimento de solidariedade humana).

2.1. Noções conceituais

Sucessão é o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra na titularidade de seus bens, direitos e deveres. "A palavra 'suceder' tem o

sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos 'uns depois dos outros' (sub + cedere). Sucessão é a respectiva seqüência"⁴.

Herdeiros necessários são os descendentes (filhos, netos e bisnetos) e os ascendentes (pais, avós e bisavós), parentes em linha reta. Quando há herdeiros necessários o testador só pode dispor da metade dos seus bens (CC, art. 1.576), porque a outra metade constitui a legítima (herança garantida pela lei).

Nesse sentido, ensina Zeno Veloso⁵ que:

"Dentre os herdeiros legítimos, apontados no art. 1.603, temos os facultativos: cônjuge sobrevivente, colaterais, Municípios, Distrito Federal ou União, e os necessários: descendentes e ascendentes. Estes têm direito a uma quota-parte da herança, da qual não podem ser privados - salvo nos casos de indignidade ou deserção. Podemos concluir, com Orlando Gomes, que todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário. "

Fundamenta sua classificação expondo que os herdeiros legítimos facultativos podem ser afastados pelo autor da herança, bastando para isso, que manifeste sua vontade dispondo do seu patrimônio sem os contemplar e conseqüentemente, excluindo-os, consoante autoriza o artigo 1.725 do código civil de 1916.

Com as disposições do novo código, passa também o cônjuge a ser herdeiro necessário (como já ocorre no direito comparado em países como Portugal, Itália, Suíça e França, por exemplo⁶), em concorrência com os descendentes em algumas situações, e com os ascendentes, questão essa que abordaremos mais detalhadamente no item 3.3.

Herança Jacente é aquela que não consta de testamento e que não tem herdeiros conhecidos ou estes renunciaram à mesma. Nesses casos, o juiz arrecada os bens e nomeia um curador para conservar e administrar esses bens.

Herança Vacante é a jacente para a qual não se habilitou nenhum herdeiro após um ano da primeira publicação do edital para habilitação de sucessores. Depois de cinco anos da abertura da sucessão, os bens passam para o domínio do Poder Público (CC, art. 1.594).

Espólio é a massa patrimonial deixada pelo autor da herança. É uma universalidade de bens sem personalidade jurídica, todavia com legitimidade para demandar e ser demandado. É representado pelo inventariante ou pelo

⁴ Pereira, C. M. da S. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 1.

⁵ Veloso, Z. Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório. In: Repensando o direito de família. Congresso Brasileiro de direito de Família, I, 1999, Belo Horizonte. Pereira, R. da C. (coord.). Anais ... Belo Horizonte: Dei Rey, 1999. p. 61

⁶ *Idem. Ibidem.* p. 65-69.

administrador provisório.

2.1.1. Sucessão Legítima

É aquela determinada pela lei (CC, art. 1.574). Ocorre nos casos em que o falecido não tenha feito testamento ou em que o testamento não tem validade.

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁷ assim a definem: "A sucessão legítima é a transmissão *causa mortis* deferida às pessoas indicadas na lei como herdeiros do autor da herança. Esta indicação é feita através da chamada ordem de vocação hereditária, sob o império da legislação ordinária, pela qual, identificam-se aqueles que serão convocados para adquirir a herança, uns na falta dos outros, ou em concorrência entre si."

Ainda conceituando sucessão legítima, Zeno Veloso⁸ ensina que:

"Sucessão legítima é a diferida (exclusivamente) por determinação da lei, atendendo, prioritariamente, como já aludimos, aos vínculos familiares e, na falta destes, como aponta Clóvis Beviláqua, ao vínculo político, quando o Estado é chamado a recolher a herança."

2.1.2. Sucessão Testamentária

É a que está disposta em testamento válido, também conhecido como disposição de última vontade.

O testamento é revogável, nos termos do artigo 1.746 do Código Civil. O testador pode, conscientemente, tornar ineficaz o testamento feito, manifestando vontade contrária, desde que o faça numa das formas legais de testar.

As formas legais de testar são: testamentos ordinários (público, cerrado e particular) e testamentos especiais (marítimo e militar).

O testamento só é irrevogável na parte em que o testador reconhecer filho havido fora do casamento (art. 1º da Lei 8.560/92).

A pessoa encarregada de executar o testamento é o testamenteiro.

Pode ser escolhido pelo testador para cumprir as disposições de sua última vontade. A lei faculta ao testador nomear um ou mais testamenteiros conjuntos ou separados (CC, art. 1.653).

⁷ Cahali, F. J. Curso *avançado* de direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 6: Direito das sucessões, arts. 1.572 a 1.805, p. 170.

⁸ Veloso, Z. Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório. In: Repensando o direito de família. Congresso Brasileiro de direito de Família, I, 1999, Belo Horizonte. Pereira, R. da C. (coord.). Anais ... Belo Horizonte: Dei Rey, 1999. p. 59

2.1.3. Inventário e partilha

Inventário é o processo judicial que contém a relação e a descrição dos bens do falecido, com a devida avaliação, a fim de que seja apurado seu patrimônio para viabilizar a partilha (divisão oficial do monte líquido) dos bens por ele deixados.

Nessa relação devem constar os bens doados pelos pais aos filhos, antes do inventário, porque tais doações são consideradas como adiantamento da legítima.

Dessa forma, esses bens fazem parte da herança a ser partilhada, e o procedimento que os trazem aos autos do inventário, para conferência, é conhecido como colação.

Os bens ocultados, que deveriam constar do inventário ou da colação, chamam-se sonegados.

Os créditos do espólio devem integrar a herança para serem partilhados, assim como as dívidas devem ser pagas antes da partilha dos bens.

O processo de inventário termina com a partilha e a expedição do formal de partilha que deverá ser registrado no Registro de Imóveis para que se proceda à mudança do nome do falecido para os dos herdeiros.

2.1.4. Arrolamento

É a forma simplificada de inventário e partilha dos bens do *de cuius*, possível quando todos os herdeiros são capazes e estão de acordo com o destino dos bens.

Nesse caso, os sucessores apresentam ao juiz a proposta de partilha amigável dos bens para que este a homologue, devendo provar a quitação dos impostos.

3. FORMAS DE SUCESSÃO

Coexistem duas formas de sucessão, quais sejam, a legítima (disposta em lei, na ordem de vocação hereditária, também estabelecida na lei, artigo 1.603 do código civil de 1916 e 1.829 do novo código civil, de 2002) e a testamentária (de acordo com a vontade do autor da herança que pode alterar a vontade do legislador, desde que não prejudique a legítima).

Os herdeiros com direito à legítima são aqueles denominados de necessários e os testamentários são aqueles instituídos pela vontade do testador.

No Brasil a sucessão testamentária é pouco utilizada, entendendo Maria Helena Diniz⁹ que isso ocorre em função:

" ... de a lei pátria ter contemplado, na ordem de vocação hereditária da sucessão legítima, justamente aquelas pessoas da família do autor da herança que ele gostaria de beneficiar, principalmente seus descendentes. Realmente, os casos de sucessão testamentária ocorrem quando o testador não tem filhos, netos, bisnetos, ascendentes ou consorte (CC. art. J.845) e faz testamento para contemplar estranho, em detrimento dos colaterais até o 4º grau (CC, art. 1.850), ou, ainda, para beneficiar certas pessoas por meio de legados. "

Importante lembrar que a liberdade de testar é limitada, não podendo o autor da herança dispor de mais da metade dos seus bens quando existem herdeiros necessários.

4. HERDEIROS DO CÔNJUGE FALECIDO

Os herdeiros do cônjuge falecido são elencados no artigo 1.603 (situado no título II, da sucessão legítima, capítulo I, da ordem da vocação hereditária), do código civil em vigor (o de 1916), nos seguintes termos:

"Art. J.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes;

II - aos ascendentes;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais;

V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. "

No novo código civil, o de 2002, os herdeiros do cônjuge falecido encontram-se elencados no artigo 1.829 (situado no título II, da sucessão legítima, capítulo I, da ordem da vocação hereditária), assim:

"Art. J.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais."

⁹ Diniz, M. H. Curso de direito civil brasileiro. Direito das sucessões. 6. v. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 130

Observamos que a nova legislação coloca o cônjuge em concorrência com os descendentes (primeiros colocados na ordem sucessória), em determinadas circunstâncias e com os ascendentes (segundos colocados na ordem sucessória), sem quaisquer restrições.

Maria Helena Diniz¹⁰, citando Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Washington de Barros Monteiro, ensina que: "A ordem da vocação hereditária é (...) uma relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. Consiste na distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, baseada em relações de família e de sangue conforme se pode ver pelo disposto no art. 1.829 do código Civil (...)"

Os herdeiros são elencados por classe, sendo que cada inciso do artigo 1.603 refere-se a uma dessas classes.

A ordem da vocação hereditária é excludente, o que vale dizer que a existência de herdeiros de uma classe (a dos descendentes, por exemplo, que é a primeira), exclui as demais.

Dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos. Isso significa que havendo filho do *de cujus*, não serão chamados seus netos.

4.1. Descendentes

Todos os filhos têm direitos sucessórios iguais a partir da Constituição Federal de 1988, que consagrou essa igualdade em ser artigo 227, § 6º: "os filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Nessa primeira classe, a dos descendentes, pode ser exercido o direito de representação (estabelecido no artigo 1.620 do código civil de 1916). Dessa forma, se um dos filhos do falecido já morreu, os descendentes desse podem receber seu quinhão hereditário, por estirpe.

Assim, os netos do falecido poderão suceder (por estirpe, ou seja, por direito hereditário de representação), juntamente com os demais filhos (que sucedem por cabeça, ou seja, por direito hereditário próprio) do autor da herança.

Exemplo: o falecido teve dois filhos, A e B.

A está vivo no momento do falecimento do pai e B já havia morrido, porém tem dois filhos vivos.

A herança é dividida em duas partes iguais de 50% cada.

A, filho vivo do autor da herança, herdeiro por cabeça, por direito

¹⁰ Diniz, M. H. Curso de direito civil brasileiro. Direito das sucessões. 6. v. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 92.

próprio recebe sua parte de 50%.

Os filhos de B (herdeiro pré-morto), netos do autor da herança, herdam por estirpe, pelo direito de representação, recebendo cada um 25% que totalizam os 50% que seria a parte do pai.

Essa determinação consta do artigo 1.604 do código civil de 1916, cujo teor dispõe que na linha descendente os filhos sucedem por cabeça e os outros descendentes por cabeça ou por estirpe, dependendo do grau de parentesco. A herança pode ser dividida entre parentes de graus diversos.

O novo código civil, de 2002, contém o mesmo dispositivo legal, em seu artigo 1.835: "Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau."

No caso do exemplo supra, os filhos estão em primeiro grau enquanto os netos em segundo, na ordem sucessória.

Se existirem só netos a herança é dividida em cotas iguais entre eles, conforme seu número.

A representação só é válida na sucessão legítima, não ocorrendo na testamentária.

O cônjuge sobrevivente, por inovação do novo código, concorre à herança com os descendentes, desde que¹¹:

"ao tempo da morte, não estava separado judicialmente nem separado de fato há mais de dois anos, exceto prova, neste último caso, de que essa convivência se tornou impossível sem culpa sua (CC, art. 1.830); não seja casado sob o regime de comunhão universal ou da separação obrigatória de bens (CC, arts. 1.829, I, 1.640, parágrafo único); haja bens particulares do autor da herança. se casado sob o regime da comunhão parcial. Em concorrência com os descendentes, o cônjuge sobrevivente terá direito a um quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorre (CC, art. 1.832)."

Também inovou o novo código, ao encampar em seu texto proteção à (o) convivente¹²: "Se o de cujus deixou convivente, este participará da sua sucessão, apenas no que atina aos bens adquiridos na vigência da união estável, visto que se concorrer: a) com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; b) com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles (CC, art. 1.790, I e II).

¹¹ Diniz, M. H. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6: Direito das sucessões, p. 101

¹² *Idem. Ibidem*

Essa regra do artigo 1.603 do código civil de 1916 e 1.829 do código civil de 2002, é a geral, havendo algumas disposições específicas na legislação especial e em outros diplomas legais, tais como:

1. Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXI. Sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil;
2. Código Civil, artigo 1.831. Confere direito real de habitação ao cônjuge sob qualquer regime de bens, quanto ao imóvel residencial sendo este o único bem dessa natureza;
3. Lei 6.858/80 (regulamentada pelo Decreto n. 85.845/81), combinada com o artigo 20 da Lei 8.036/90 (regulamentada pelo Decreto n. 99.684/90). Pagamento aos dependentes habilitados pela Previdência Social de valores não recebidos em vida pelo titular, relativos a verbas decorrentes de relação de emprego, restituição de impostos, saldos de contas bancárias;
4. Lei n. 9.610/98, artigo 41 e seguintes. Direitos autorais;
5. Indenização securitária por morte. Pertence ao cônjuge ou ao companheiro.

4.2. Ascendentes

Se não houver descendentes, os sucessores serão os ascendentes, de acordo com o contido no artigo 1.606 do código civil de 1916. Da mesma forma dispõe o artigo 1.836 do novo código civil de 2002. Todavia há inovação na legislação que passará a vigorar em 2003. O cônjuge sobrevivente concorre com os ascendentes na sucessão.

O direito de representação não existe na classe dos ascendentes.

Isso equivale a dizer que se o pai ou a mãe do falecido for vivo, ele recebe a herança e os avós ficam excluídos.

Se o pai e a mãe do autor da herança forem falecidos, seus avós serão os herdeiros, dividindo-se a mesma em duas linhas, a materna e a paterna, conforme estabelece o artigo 1.608 do código civil de 1916.

A herança do filho adotivo sem descendência cabe aos pais adotivos. Quanto à concorrência do cônjuge, com os ascendentes, ausentes os descendentes, dispõe o novo código em seu artigo 1.837 e comenta Maria Helena Diniz¹³: "Se o de cujus for casado e tiver apenas ascendente, o cônjuge sobrevivente, se concorrer com ascendentes em primeiro grau, terá direito a um terço da herança, mas se concorrer com um só ascendente, ou se maior for aquele grau, caber-lhe-á a metade do acervo hereditário (CC, art. 1.837)."

¹³ Diniz, M. H. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6: direito das sucessões, p. 103

O novo código também confere proteção à (o) convivente¹⁴: "Se o de cujus, sem descendentes, viver em união estável, o convivente sobrevivo concorrerá, quanto aos bens adquiridos na vigência da convivência, com outros parentes sucessíveis, p. ex., ascendentes, tendo direito a um terço da herança (CC, art. 1.790, III)."

4.3. Cônjuge sobrevivente

O terceiro lugar na ordem sucessora é ocupado pelo cônjuge sobrevivente desde que não esteja separado do falecido.

Nesse sentido dispõe o novo código civil em seu artigo 1.838 e 1.830.

"Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.

Art. 1.830. 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. "

Ainda cabe ao cônjuge sobrevivente, o direito real de habitação, estabelecido no artigo 1.831 do novo código civil: "Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar."

Essa proteção já constava do código civil de 1916, em seu artigo 1.611 e parágrafos.

"Art. 1611. 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.

§ 1º • O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do de cujus.

§ 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,

¹⁴ Diniz, M. H. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6: direito das sucessões, p. 103

desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. "

4.4. Colaterais

Em quarto lugar encontram-se os colaterais, aqueles que descendem de um só tronco, sem descenderem uns dos outros. O artigo 331 do código civil de 1916 considera os parentes colaterais até o sexto grau, mas para os efeitos da sucessão só se leva em consideração até o quarto grau, de acordo com o disposto no artigo 1.612. Essa mesma disposição encontra-se no novo código civil, em seu artigo 1.839.

Explanando a questão do parentesco, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁵ ensina que:

"Para a identificação do vínculo de parentesco das pessoas entre si, promove-se a divisão do gênero em linhas e graus. A linha pode ser reta, ou direta, quando relacionado o vínculo diretamente entre descendentes e ascendentes (linha reta ascendente e linha reta descendente, quando se parte da pessoa considerada), ou colateral, também chamada oblíqua ou transversal, quando as pessoas são ligadas a um ascendente comum (tronco comum), sem descenderem um do outro. O vínculo de pais, filhos, netos, avós, bisavós etc. é em linha reta; já o parentesco entre irmãos, primos, tios e sobrinhos, por não descenderem um do outro, é colateral' Na linha transversal, a proximidade do parentesco se verifica pela contagem de graus, consistente cada qual em uma geração, tendo por base o ascendente comum. Para o cômputo, somam-se as gerações de um, até o ascendente comum, e deste até o outro, alcançando o número de graus entre eles existente no parentesco. Por exemplo, irmãos são colaterais em segundo grau, pois entre eles, existe a geração do filho em face do pai, ascendente comum, e a deste para com o outro filho. Entre tio e sobrinho, o parentesco é em terceiro grau, somando-se a geração do tio para o seu pai (avô da pessoa considerada e ascendente comum), a deste para com o outro filho, e dele para seu descendente considerado (neto do avô)."

Nessa classe, os mais próximos também excluem os mais remotos, havendo o direito de representação para os filhos de irmãos, que são os sobrinhos (artigo 1.613). No novo código assim permanece, no artigo 1.840.

Os irmãos bilaterais, na concorrência com os unilaterais, herdaram o dobro desses últimos. Assim estabelece o artigo 1.614 do código civil de 1916, mantendo essa regulamentação o artigo 1.841 do novo código civil.

Se os herdeiros forem todos irmãos unilaterais, a herança será dividida em partes iguais. Artigo 1.616 do código civil de 1916, com correspondência no artigo 1.842 do novo código.

A partir da Constituição Federal de 1988, o direito sucessório do

¹⁵ Cahali, F. J. Curso avançado de direito civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 6: Direito das sucessões, p. 172

adotado é igual ao do filho biológico, ficando sem efeito o conteúdo do artigo 1.618 que exclui da sucessão os colaterais desse. Nesse sentido também versa o artigo 41, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.5. Município, Distrito Federal, União

Em quinto lugar elenca o código como herdeiros, o Município ou o Distrito Federal, dependendo das circunscrições em que se encontra, herança ou ainda a União se essa estiver em território federal. Artigo 1.619 do código civil de 1916, mantido pelo artigo 1.844 do novo código.

Maria Helena Diniz¹⁶ observa que o Poder Público não é herdeiro pois para que tome posse da herança é necessária a sentença de vacância pela falta de sucessores de outra classe. É, na sua ótica, sucessor irregular comentando: "O poder público não mais consta no rol dos herdeiros apontados na ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829), sendo chamado à sucessão do *de cuius* na falta de consorte sobrevivente e de parente sucessível até o quarto grau, desde que haja sentença que declare a vacância dos bens, que só passarão ao seu domínio após 5 anos da abertura d, sucessão, porque nesse lapso de tempo o herdeiro pode, ainda, reclama judicialmente a herança."

Esse posicionamento é controvertido, entendendo outros doutrinadores, dentre os quais Pontes de Miranda¹⁷, que o Estado é herdeiro como outro qualquer.

5. SUCESSÃO E O BEM DE FAMÍLIA

Outro direito sucessório que objetiva proteger a família em caso de falecimento do cônjuge é o bem de família, cuja existência legal ou instituição voluntária permanece após a morte de um dos membros do casal.

Acerca disso comenta J. M. Leoni Lopes de Oliveira¹⁸ em sua obra Alimentos e Sucessão:

"Outro modo de proteção do cônjuge viúvo é a instituição do bem de família nos termos do Decreto-lei nº 3.200/41.

De fato, prevê o art. 20 do Decreto-lei nº 3.200/41, com a redação dada pela lei nº 6. 742/79, que:

¹⁶ Diniz, M. H. Curso de direito civil brasileiro. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6: Direito das sucessões, p. 114

¹⁷ Veloso, Z. Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório. *Tr Repensando o direito de família*. Congresso Brasileiro de direito de Família, I, 1999, Bell Horizonte. Pereira, R. da C. (coord.). Anais ... Belo Horizonte: Dei Rey, 1999, p. 78

¹⁸ Oliveira, J.M. L. L. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. Lei 9.278/96. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda., 1997, p. 203-204.

“Por morte do instituidor, ou de cônjuge, o prédio instituído em bem de família não entrará em inventário, nem será partilhado, enquanto continuar a residir nele o cônjuge sobrevivente ou filho menor de idade. Num e noutros casos, não sofrerá modificação da transcrição. ”
Conclui-se que essa proteção, para ser obtida, exige que o imóvel deverá ser instituído e devidamente registrado no Registro de Imóveis, pouco importando o regime de bens do casamento.
Quanto à sua extinção também não impede ele o novo casamento do cônjuge sobrevivente, extinguindo-se exclusivamente por morte. ”

Frise-se que a obra supra citada é anterior à lei 8.009/90.

O bem de família instituído nos moldes dispostos no código civil de 1916 também assim como o legal permanecem como tal após a morte de um dos cônjuges.

A diferença reside no fato de que, nesses casos, a partilha de bens é feita, restando como proteção, nem sempre a propriedade do bem de família, mas o direito real de habitação, estabelecido no parágrafo segundo do artigo 1.611 do código civil e no artigo 1.831 do novo código civil, conforme abordado no item 3.3, Cônjuge sobrevivente, supra.

A propósito, afirma Ricardo Arcoverde Credie¹⁹:

“Aberta a sucessão, nesse caso a impenhorabilidade se transfere de imediato ao cônjuge, companheiro, ascendentes ou descendentes que continuarem a residir juntos no imóvel até a partilha ou até que haja - se houver, e enquanto isso não aconteça - o desaparecimento completo da família ou do derradeiro integrante do condomínio antes estabelecido pela sucessão hereditária, desde que residente no imóvel.

Imperioso haver o necessário respeito à permanência de pessoa sozinha na continuidade da família ou entidade familiar de que participou anteriormente, para que se dê por findo o bem de família ... ”

6. SUCESSÃO E O DIREITO ALIMENTAR

"A obrigação alimentar é personalíssima, por isso que com a morte do devedor dos alimentos a obrigação se extingue." Assevera J. M. Leoni Lopes de Oliveira²⁰. Consoante o entendimento desse doutrinador a obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor, nos termos do artigo 402 do Código Civil de 1916.

¹⁹ Credie, R. A. Bem de família (teoria e prática). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. p. 53-54.

²⁰ Oliveira, J.M. L. L. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. Lei 9.278/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda., 1997, p. 26

Fundamentando seu posicionamento, transcreve o comentário de J.M. Carvalho Santos²¹:

"A obrigação alimentar se extingue também pela morte do devedor de alimentos. E porque é personalíssima, tanto para o alimentante como para o alimentado, não se transmite aos herdeiros de devedor alimentante.

Os herdeiros não podem ser acionados senão para pagamento dos atrasados, se houver. O que se transmite aos herdeiros, nesse caso, não é a obrigação de prestar alimentos, e sim a de pagar as prestações atrasadas; e quanto a estas não pode haver dívida, porque, como ensina CLÓVIS, estes atrasados não constituem mais pensão alimentar, assumem o caráter de uma dívida comum que deixou de ser paga. "

Destaca ainda que, embora o artigo 23 da lei do divórcio estabeleça a transmissibilidade aos herdeiros da prestação de alimentos, aplica-se o dispositivo legal às parcelas vencidas até a morte do devedor e não às vincendas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O patrimônio é um dos pilares do direito civil e na ocorrência da morte do seu titular sobrevém a importância da sua substituição nessa titularidade. Por essa razão justifica-se o seu regramento minudenciado no ordenamento jurídico a fim de que minimizem-se as polêmicas suscitadas nessa ocasião.

Não se pode olvidar também que o patrimônio constituiu importante elemento da vida familiar já que o seu estilo é definido conforme o maior ou menor poder aquisitivo de seus membros.

É interessante observar a proteção que o Estado confere à família no evoluir da história, tentando através da legislação, garantir a sobrevivência da mesma, nas melhores condições possíveis.

O direito das sucessões, ao dispor sobre a titularidade do patrimônio do cônjuge falecido, é excelente observatório dessa atividade estatal de materialização legislativa das mudanças sócio-culturais da instituição.

Comparando as disposições do código civil de 1916 (cuja vigência cessa em 11 de janeiro de 2003), com as do código civil de 2002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002, com período de *vacatio legis* de um ano), que está

²¹ Santos, J.M. C. Código Civil Brasileiro Interpretado. v. VI. p. 193. In: Oliveira, J.M. L. L. Alimentos e sucessão no casamento e na união estável. Lei 9.278/96. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda., 1997, p. 26

prestes a entrar em vigor (em 12 de janeiro de 2003), constatamos que o progresso protetivo é significativo.

Inseriu no texto codificado o legislador, vários dispositivos contidos na legislação especial, demonstrando expressamente a louvável intenção de clarificar e detalhar as evoluções consagradas, no sentido de resguardar o patrimônio familiar, o que indiretamente contribui para a própria manutenção da família.

A principal inovação observada é a colocação do cônjuge na vocação hereditária, em concorrência com os herdeiros necessários descendentes e ascendentes.

Numa análise retrospectiva da posição da mulher dentro da família, é fácil constatar que seus direitos partiram da quase inexistência para um status sólido, positivado no ordenamento jurídico.

Foram décadas e décadas de conquistas gradativas, primeiro a nível social e cultural, depois doutrinária e jurisprudencialmente reconhecidas e finalmente, consolidadas na legislação extravagante a princípio e, posteriormente codificada.

O direito sucessório da mulher faz parte desse processo evolutivo.

A princípio, sua previsão na vocação hereditária era praticamente inócua já que precedida pelos colaterais chamados até o décimo grau, o que inviabilizava seu acesso ao patrimônio deixado pelo cônjuge.

Nesse sentido, brilhantes as palavras de Caio Mário da Silva Pereira²²:

"Em nosso direito anterior, o cônjuge herdava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, colocado depois dos colaterais, chamados a suceder em grau tão remoto (décimo) que, no dizer de BEVILÁQUA, se encontravam mais na condição de conterrâneos que de parentes. Tal situação, refletindo profunda iniquidade, durou até o advento da Lei n° 1.839, de 31 de dezembro de 1907, denominada "Lei Feliciano Pena" em homenagem ao senador mineiro, seu autor. Essa lei chamou o cônjuge em terceiro lugar, antes dos colaterais. "

O Código Civil de 1916 manteve o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária.

Maria Helena Diniz²³, citando Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Washington de Barros Monteiro, ensina que: *"A ordem da vocação hereditária é (. . .) uma relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder o finado. Consiste na distribuição dos*

²² Pereira, C. M. da S. Instituições de direito civil. Direito das sucessões. v. VI. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 97

²³ Diniz, M. H. Curso de direito civil brasileiro. Direito das sucessões. 6. v. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 92

herdeiros em classes preferenciais, baseada em relações de família e de sangue conforme se pode ver pelo disposto no art. 1.829 do código Civil (. .)".

Novas conquistas foram sendo amealhadas, tais como, *ad exemplum*, através da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (estatuto da mulher casada), a sucessão em usufruto, que ocasionou a alteração do artigo 1.611 do Código Civil vigente (o de 1916).

Assim se manifesta Caio Mário da Silva Pereira²⁴ quanto à sucessão usufrutuária do cônjuge, inovação trazida ao ordenamento jurídico pátrio pelo Estatuto da Mulher Casada:

"Em face da nova redação do dispositivo, ao cônjuge supérstite é reconhecido direito à sucessão usufrutuária nos bens deixados pelo outro, em quota variável, segundo as hipóteses legalmente previstas: se concorre com filhos do casal ou filhos do falecido, o usufruto limita-se à quarta parte dos bens da herança; se não houver filhos, mas houver ascendentes do de cuius, o usufruto incidirá na metade dos bens da herança (. .)."

Ainda o mesmo Estatuto da Mulher Casada, visando ampará-la, atribuiu-lhe o direito real de habitação, sobre o imóvel destinado à residência da família.

Seguem-se novos avanços gradativos, aumentando a proteção do cônjuge e estendendo-a à mulher em outras uniões conjugais não sacramentadas pelos laços matrimoniais, como é o caso da companheira e da concubina.

Essas conquistas evolutivas demonstram um avanço na efetivação da igualdade de sexos proclamada social e culturalmente e positivadas pelo ordenamento jurídico *a posteriori*, reconhecendo a importância da mulher na família, célula *mata* da sociedade.

8. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Á. V. *Bem de família*. Com comentários à Lei 8.009/90. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

AZEVEDO, Á. V. *Bem de família*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. FRANÇA, R. Limongi (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. v. 10.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 3.071, de 1º.01.1916. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de

²⁴ Pereira, C. M. da S. Instituições de direito civil. Direito das sucessões. v. VI. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 101

- Siqueira. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. *Novo código civil*. Texto comparado: código civil de 2002, código civil de 1916. VENOSA, Sílvio de Salvo (org.). São Paulo: Atlas, 2002.
- CAHALI, F. J. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 6: Direito das sucessões, arts. 1.572 a 1.805.
- CAHALI, Y. S. *Dissolução do casamento*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. FRANÇA, R. Limongi (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. v. 29.
- CHAVES, A. *Tratado de direito civil*. 3. ed. Refundida de Lições de direito civil. Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, t. 1: Parte geral.
- COELHO, F. U. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.
- CREDIE, R. A. *Bem de família* (teoria e prática). São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. atual. de acordo com o novo código civil, lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6:
Direito das sucessões.
- FACHIN, L. E. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FRANÇA, R. L. *Divórcio*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. FRANÇA, R. Limongi (coord.). São Paulo: Saraiva, 1977. v. 29.
- MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil*. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990. V.I.
- PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 6: Direito das sucessões.
- OLIVEIRA, J.M. L. L. *Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*. Lei 9.278/96.3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda.
- OLIVEIRA, J. S. de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, J. L. C. de; MUNIZ, F. J. F. *Curso de direito de família*. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2002.
- VELOSO, Z. *Direito de família e a necessidade de alteração no direito sucessório*. In: Repensando o direito de família. Congresso Brasileiro de direito de Família, I, 1999, Belo Horizonte. Anais ... Belo Horizonte: Del Rey, Rodrigo da Cunha Pereira (org.), 1999.
- VENOSA, S. de S. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 6: Direito das sucessões.
- WALD, A. *O novo direito de família*. 14. ed. ver., atual. e ampl. de acordo com a jurisprudência e com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- WELTER, B. P. *Separação e divórcio*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

