

# ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA NO NOVO CÓDIGO CIVIL: OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE

LUCIANO VIANNA ARAÚJO

Advogado e

Professor da Pontifícia Universidade Católica - PUC/RJ

O novo Código Civil modificou a ordem de vocação hereditária, para conferir ao cônjuge mais direitos sucessórios.

Por força do art. 1.845 do novo Código Civil, o cônjuge tornou-se herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e dos ascendentes.

Logo, ao cônjuge caberá, necessariamente, a metade dos bens da herança (legítima), na falta de descendentes e ascendentes.

O cônjuge ainda ocupa a 3ª (terceira) posição na ordem de vocação hereditária, após os descendentes e os ascendentes. Todavia, em certos casos, o cônjuge herdará em concorrência com os descendentes ou com os ascendentes.

O art. 1.829 do novo Código Civil dispõe sobre a ordem de vocação hereditária, nos seguintes termos:

Art. 1.829 - "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 de bens, 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".

Com os descendentes, o cônjuge herdará concorrentemente, exceto (a) quando o regime de bens for o da comunhão universal; (b) o da separação obrigatória; (c) ou o da comunhão parcial, desde que o falecido não possua bens particulares.

Na primeira exceção, ao cônjuge supérstite caberá, por força do regime de bens, metade do patrimônio do casal. Talvez, por esse motivo, o legislador tenha negado ao cônjuge sobrevivente o direito a herdar em concorrência com os descendentes.

O art. 1.641 do novo Código Civil impõe o regime da separação obrigatória (a) às pessoas que contraírem o matrimônio sem observar as causas suspensivas da sua celebração (art. 1.523 do novo Código Civil ); (b) à pessoa maior de sessenta anos; (c) a todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Na forma da Súmula nº 377 do Supremo Tribunal Federal, "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". A prevalecer esse entendimento, na nova ordem civil, ao cônjuge sobrevivente competirá metade dos bens adquiridos na constância do matrimônio. Logo, desnecessário seria atribuir-lhe, em concorrência com os descendentes, mais alguma cota da herança.

Por fim, a lei excepciona, também, o cônjuge supérstite casado pelo regime da comunhão parcial, desde que não haja bens particulares (art. 1.659, incisos I e II, do novo Código Civil ).

Verifica-se, nesse contexto, que, nas 3 (três) exceções (comunhão universal; separação obrigatória, considerada a comunhão dos aqüestos - Súmula nº 377 do STF; e comunhão parcial, sem bens particulares), o cônjuge supérstite possui, garantido, metade da herança, sendo, portanto, razoável afastar o direito de herdar algo mais em concorrência com os descendentes. No caso específico da separação obrigatória, na qual pode haver bens particulares do inventariado, ainda assim o cônjuge sobrevivente encontra-se protegido pela comunhão dos aqüestos, valendo a distinção (em relação às outras ressalvas legais) pelo fato do casamento ter sido contraído em condições que exigiam a separação obrigatória.

Na verdade, diante das ressalvas legais, somente nas hipótese de regime de separação convencional de bens; comunhão parcial, existindo bens particulares do falecido; e de participação final nos aqüestos, o cônjuge

sobrevivente herdará em concorrência com os descendentes.

Quando concorre com os descendentes, o cônjuge sobrevivente possui o direito de herdar quinhão igual aos do que sucederem por cabeça, sendo certo que sua cota não poderá ser inferior à quarta parte da herança, caso seja ascendente dos descendentes sucessíveis, segundo o art. 1.832 do novo Código Civil:

Art. 1.832 - "Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual aos do que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer".

Exemplificando, se o cônjuge for ascendente dos descendentes que participarem da sucessão, terá direito a, no mínimo, 1/4 (um quarto) da herança, isto é, havendo 4 (quatro) ou mais herdeiros, o cônjuge receberá, ao menos, aquela cota (1/4). O restante (3/4) será dividido pelos descendentes. Se o número de herdeiros for igual ou inferior a 3 (três), o cônjuge adquirirá quinhão idêntico aos dos descendentes. Todavia, se o cônjuge não for o ascendente dos descendentes sucessíveis, receberá, independente do número de herdeiros, cota igual a dos descendentes.

Por outro lado, não existindo descendentes, o cônjuge concorre para a herança com os ascendentes, nos termos do art. 1.837 do novo Código Civil:

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

Em concorrência com ascendente, pouco importa o regime de bens do casal. Em qualquer hipótese, o cônjuge supérstite possui o direito de herdar uma quota da herança, independente, por óbvio, da sua meação. Se os ascendentes forem os pais do falecido, ao cônjuge competirá um terço da herança. Entretanto, se apenas o pai ou a mãe, um dos dois, participar da herança, o cônjuge possuirá o direito à metade dela. Da mesma forma, se o(s) ascendente(s) for(em) acima do primeiro grau, o cônjuge terá sempre o direito à metade da herança.

Segundo o art. 1.830 do novo Código Civil, o cônjuge só possuirá direito sucessório se, quando do óbito, não estiver separado judicialmente, nem separado de fato há mais de 2 (dois) anos, exceto se provar que a separação de fato deu-se sem culpa sua.

Se inexistirem descendentes e ascendentes, o cônjuge supérstite adquirirá os bens da herança, sendo vedado, também nesta hipótese, ao falecido dispor sobre a legítima, uma vez que o cônjuge se tornou, no novo regime, herdeiro necessário (art. 1.845 do novo Código Civil).

Diga-se, por fim, que, conforme o art. 1.787 do novo Código Civil, a lei vigente no momento do óbito regula a sucessão e a legitimação para suceder. Por isso, inúmeros testamentos, lavrados antes do advento do novo Código Civil, deverão ser modificados, a fim de não colidirem com o direito à legítima dos cônjuges, bem como com o direito à herança concorrente, sob pena de serem reduzidas as disposições testamentárias, para adequá-las aos novos limites legais.

Rio de Janeiro, 3 de fevereiro de 2002.

1 - Art. 1.523 - "Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou a curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas".

2 - Art. 1.659 - "Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares".

3 - 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".

4- Art. 1.845 - "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge"

5 - Art. 1.787 - "Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela".

