

# ESPAÇOS VAZIOS NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E OS NOVOS PROBLEMAS QUE SURGEM EM FACE DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ COM A ADOÇÃO DA CONCORRÊNCIA SOBRE OS BENS PARTICULARES

Bruna Maia Uchôa Costa<sup>1</sup>

Silvio Romero Beltrão<sup>2</sup>

Sumário: 1- Introdução; 2- Da Sucessão Legítima; 3- Do Cônjuge como herdeiro necessário; 4- Conflitos de interpretação acerca do art. 1829 do CC/2002; 5- As distintas posições adotadas pelo STJ; 6- Espaços vazios na sucessão do cônjuge e os novos problemas que surgem em face da atual jurisprudência do STJ; 6.1- Reserva da Legítima; 6.2- Liberalidades Testamentárias; 6.3- Colação; 6.4- Pagamento de dívidas; 7- Sucessão do Cônjuge no Direito Português; 8- Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO



presente trabalho tem o escopo de abordar a problemática existente quanto à sucessão do cônjuge, utilizando-se da evolução legislativa referente à matéria, em especial o código civil de 2002, dos princípios constitucionais que asseguram o direito

---

<sup>1</sup> Advogada, Graduada em Direito pela FDR/UFPE, Pesquisadora do Grupo de Pesquisa da UFPE: Sucessões – Pesquisa e Direito.

<sup>2</sup> Juiz de Direito, Professor Adjunto da UFPE, Mestre e Doutor pela FDR/UFPE, Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Pesquisador do Grupo de Pesquisa da UFPE: Sucessões – Pesquisa e Direito.

sucessório, bem como os enfrentamentos pela doutrina e jurisprudência dos tribunais acerca das questões pertinentes ao tema. Apresenta, ainda, uma análise comparativa da doutrina e legislação portuguesa, da qual o Brasil importou muitos elementos, e traz alguns exemplos práticos, tudo com o objetivo de ilustrar da forma mais clara a sucessão do cônjuge sobrevivente no direito civil brasileiro, e tecer as críticas pertinentes, em especial quanto as lacunas interpretativas que podem possibilitar a manipulação da legítima, em face da disposição dos bens particulares. Assim, para que se possa fazer uma análise completa sobre o tema, o presente estudo parte da evolução vivenciada pelo cônjuge em relação ao seu direito sucessório, explicitando a posição que este antes ostentava e a que ocupa atualmente frente aos demais herdeiros do autor da herança, e as implicações que tais mudanças proporcionaram.

A partir das inovações trazidas pelo CC/2002, serão destacados alguns aspectos, pois, apesar deste ter proporcionado uma melhora à condição sucessória do cônjuge e ter-lhe concedido tratamento privilegiado em relação ao CC/1916, a técnica legislativa ainda deixou muito a desejar, de modo que não conseguiu atender ao seu objetivo por completo, deixando lacunas em importantes questões que tiveram de ser solucionadas pela doutrina e jurisprudência.

É, portanto, buscando alcançar a sucessão justa e efetiva do cônjuge supérstite, que indagações serão realizadas ao longo do trabalho, inclusive quanto ao atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da interpretação dada ao Art. 1.829, inciso I do código civil, que tem sido alvo de grandes controvérsias, além de outras questões relativas ao processo de inventário, pois, conforme se verá, embora previsto constitucionalmente o direito à herança, nem sempre o cônjuge sobrevivente tem seu direito garantido, já que não são em todas as situações em que ele poderá herdar, vez que quando existirem descendentes, sua capacidade sucessória estará atrelada a outras

questões, tais como o regime de bens adotado pelo casal ao contrair matrimônio.

Será abordada, ainda, a legislação referente à matéria juntamente com a interpretação conferida pelos autores e magistrados, discorrendo sobre a efetividade dos artigos, se estes conseguiram cumprir com seus objetivos, ou se a lacuna deixada pelo legislador implicou limitações a esse direito. Nesse sentido, merecerão especial atenção alguns institutos do direito sucessório, que, na maioria das vezes, têm a finalidade de garantir e igualar a sucessão.

Institutos estes como o da reserva da legítima, que advém do direito à herança, previsto no Art. 5º da Constituição Federal, e garante a destinação de metade do patrimônio do *de cujus* aos seus herdeiros necessários, e o da colação, que, dentre os instrumentos que o direito sucessório possui, é o mais efetivo para assegurar a justiça e igualdade quanto à divisão dos quinhões dos herdeiros necessários.

Outro aspecto que também será ventilado é a sucessão testamentária e as limitações a ela impostas, já que, por não possuir regras, devendo apenas respeitar a reserva da legítima, poderá, em determinados casos, ser utilizada como forma de burlar a sucessão do cônjuge, mesmo este ocupando a posição de herdeiro necessário.

Além de outras questões, o estudo também comentará a realidade do direito sucessório lusitano, com o objetivo de demonstrar as diferentes formas de incidência dos institutos e de ocorrência da sucessão nos dois países, explicitando os pontos fortes e fracos referentes a cada um deles.

Perceber-se-á, portanto, ao fim do trabalho, que, apesar da questão da instabilidade quanto ao modo que deve se dar a sucessão do cônjuge ter sido resolvida, a interpretação cristalizada pelo STJ uma vez conjugada com os institutos do direito civil que respaldam a matéria sucessória, torna insuficiente a re-

forma do código em seu objetivo de garantir a sucessão do viúvo, de modo que a ela precisam, agora, ser aliadas outras regras que tenham o objetivo de resguardar esse direito constitucional à herança, proporcionado pela legítima e pela vocação hereditária dos herdeiros necessários, dentre os quais, está o cônjuge.

## 2. DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

O direito das sucessões é formado pelo conjunto de regras jurídicas que regulam a transmissão do patrimônio da pessoa falecida aos seus herdeiros<sup>3</sup>. Esse patrimônio, por sua vez, é conhecido como herança e os seus herdeiros são aqueles que possuem o direito sucessório àquele monte.

A morte é o elemento principal e imprescindível para que se configure a existência desse direito, vez que representa o termo *a quo* da sucessão. Assim, dada a morte do autor da herança, com a incorporação do *Droit de Saisine* pelo nosso ordenamento jurídico, ocorre simultânea e imediatamente, a transmissão da posse e propriedade dos seus bens aos seus herdeiros<sup>4</sup>. Mas, apesar de os herdeiros adquirirem a posse e propriedade dos bens no mesmo momento em que a sucessão é aberta, esse direito somente irá se perfazer quando aqueles manifestarem sua vontade quanto à aceitação ou renúncia da herança.

Há dois tipos de sucessão no direito brasileiro: a legítima, que resulta de lei, e a testamentária, que corresponde à manifestação de última vontade do autor da herança<sup>5</sup>. A primeira garante a transmissão do quinhão aos herdeiros necessários do *de cujus*, enquanto a segunda corresponde às liberalidades que o autor da herança pode realizar sobre a parcela disponível de seu patrimônio.

---

<sup>3</sup> FERREIRA, Pinto. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 5.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume VI: Direito das Sucessões*. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 10

<sup>5</sup> FERREIRA, Pinto. *Op. Cit.* p. 8

Por resguardar o direito sucessório dos herdeiros necessários, a legítima não pode ser onerada, tendo sempre que ter respeitada a parcela de 50% (cinquenta por cento) do total da herança. Seu cálculo é feito considerando os bens existentes no momento da morte do autor da herança, retirando desse valor, aquele correspondente às dívidas deixadas pelo *de cujus*, bem como as despesas geradas pelo seu funeral, e somando a ele os valores referentes aos bens sujeitos à colação, que foram doações realizadas em vida pelo falecido aos seus herdeiros necessários, à título de antecipação de herança.

Na legítima há um fator de coesão e unidade da família, de modo que ela busca assegurar a permanência dos bens dentro desse organismo<sup>6</sup>. E, além de promover a continuidade dos bens no patrimônio da mesma família, ela busca, ainda, a manutenção desta, proporcionando um certo amparo àqueles que o autor da herança deixou. Para tanto, a lei promove a distribuição do patrimônio, convocando certas pessoas para receber a herança, conforme a ordem de vocação hereditária, de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente<sup>7</sup>.

A ordem de vocação hereditária, fixada através de lei, não fora indiscriminadamente elaborada, mas se inspirou na vontade presumida do *de cujus*, de deixar seus bens aos descendentes ou, na falta destes, aos ascendentes, sem olvidar, em ambos os casos, a concorrência com o cônjuge sobrevivente<sup>8</sup>, que passou a integrar o rol dos herdeiros necessários a partir do código civil de 2002.

### 3. DO CÔNJUGE COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

Na vigência do antigo código civil o viúvo não gozava

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 69

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 6: Direito das Sucessões*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 103-104

<sup>8</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 105

de direitos sucessórios efetivamente. Apesar de estar presente na ordem de vocação hereditária, só era chamado à sucessão na hipótese de o morto não ter deixado nem descendentes nem ascendentes. Tinha direito apenas ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido se este deixasse descendentes e à metade se só existissem ascendentes, desde que casado sob o regime da comunhão parcial ou separação de bens. E, por fim, detinha o direito real de habitação sobre o imóvel do casal se fosse casado com o *de cujus* pelo regime da comunhão universal de bens. Tais garantias eram conferidas pelo legislador de 1916 com o intuito de garantir-lhe certa segurança, já que não lhe concedera o direito de participar da sucessão juntamente com os demais herdeiros do autor da herança<sup>9</sup>.

No CC/1916, por estar na classe de herdeiro legítimo e não necessário, tanto poderia herdar todo o patrimônio do *de cujus*, quando este não tivesse herdeiros nas classes anteriores, quanto poderia ser simplesmente excluído da sucessão, bastando que o autor da herança dispusesse de todos os seus bens em testamento e não o contemplasse<sup>10</sup>. Percebe-se que, nesse caso, por ser apenas herdeiro legítimo, a ele não era resguardado quinhão algum, o que lhe fazia depender unicamente da vontade do autor da sucessão.

Por isso, a importante inovação trazida pelo CC/2002 foi a inclusão do cônjuge no rol desses herdeiros legitimários, impedindo assim sua exclusão da sucessão sem justa causa, e, mais ainda, a garantia de concorrência deste quando os chamados a suceder forem os descendentes ou ascendentes do *de cujus*.

Fato que contribuiu bastante para a operação de tal evolução no direito sucessório foi que com o advento da Lei do Divórcio, o regime de bens do casamento deixou de ser o da comunhão universal, e passou a ser o da comunhão parcial de bens, o

---

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – volume 6: Direito das Sucessões*. 5ª Ed. São Paulo: Método. p. 140-141.

<sup>10</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 80.

que afetou bastante o seu direito à meação. Assim, juntando essa situação imposta pela nova Lei de Divórcio, com o fato de o cônjuge nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes e ascendentes do *de cujus*, o legislador alterou o dispositivo do código civil a fim de permitir que um cônjuge recebesse parte dos bens particulares do outro, como forma de protegê-lo<sup>11</sup>.

Para fundamentar essa garantia ao direito sucessório do viúvo, foram levados em consideração o vínculo conjugal, a afeição e a intimidade entre marido e mulher, questões que não são inferiores à consanguinidade<sup>12</sup>.

Assim, o CC/2002 inovou e trouxe em seu Art.1.829<sup>13</sup> uma nova perspectiva de sucessão do cônjuge, privilegiando-o. Não obstante tenha sido responsável pela introdução de importantes conquistas ao direito sucessório do viúvo, o referido artigo peca em sua redação, que, em seu inciso 1º faz-se pouco clara, dando margem a diversas interpretações, que o levam a sofrer duras críticas.

Por outro lado, embora possua redação confusa, fica clara a proteção conferida ao cônjuge sobrevivente no supracitado artigo, pois ele passa de herdeiro legítimo a herdeiro necessário e, embora continue na terceira classe da vocação hereditária, conforme previa o CC/1916, ele não mais pode ser afastado da sucessão, havendo a possibilidade, inclusive, de herdar sozinho

---

<sup>11</sup> DIAS, Maria Berenice. *Ponto-e-vírgula*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/4177>>. Acesso em: 6 set. 2016.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena *Op. Cit.* p. 125.

<sup>13</sup> 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, ou no da separação obrigatória de bens; 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;

a totalidade do patrimônio, caso não existam herdeiros nas classes anteriores à dele. Havendo tais herdeiros, todavia, o CC/2002 conferiu-lhe o direito à concorrência, de modo que a depender do regime de bens adotado no casamento, concorrerá com os descendentes, podendo até ser contemplado com quinhão maior que o dos filhos, por lhe ser garantida a quota-parte mínima de um quarto dos bens submetidos a tal concorrência. E, na hipótese de não existirem descendentes, concorrerá, independente do regime de bens, com os ascendentes do falecido<sup>14</sup>.

É inegável, portanto, o avanço proporcionado pelo CC/2002 ao direito sucessório do cônjuge sobrevivente, mas não se pode ignorar o fato de que o dispositivo responsável por introduzir essa mudança, ainda hoje, é alvo de grandes controvérsias, tanto da doutrina, quanto dos tribunais, em razão de sua forma de tratar a sucessão dos descendentes em concorrência com o cônjuge supérstite.

#### 4. CONFLITOS DE INTERPRETAÇÃO ACERCA DO ART. 1.829 DO CC/2002.

A problemática do artigo encontra-se presente em seu inciso I<sup>15</sup>, justamente com relação à forma como deve se dar a concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes, pois os demais incisos, por não comportarem exceções, ficam claros em seu conteúdo, não existindo, portanto, nenhuma dúvida quanto a concorrência entre o cônjuge e os ascendentes, nem tampouco nos casos em que não existem membros nas classes anteriores, mas somente o cônjuge, hipótese em que este herda

---

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 53-54.

<sup>15</sup> 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, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;



sozinho.

Assim, a doutrina e jurisprudência dividem-se tanto com relação ao regime de bens adotado pelo casal, se este permite a concorrência ou não, quanto pela forma como deve ocorrer essa concorrência, se esta deve incidir sobre a totalidade dos bens, se somente sobre os bens particulares deixados pelo *de cujus*, ou se apenas sobre os bens comuns, quem correspondem à parte da meação pertencente ao autor da herança.

Dentre as diferentes interpretações dadas ao dispositivo, Caio Mário se posiciona no sentido da literalidade da lei, entendendo que se a lei exclui o cônjuge sobrevivente da concorrência com os descendentes do falecido nas hipóteses de adoção pelo casal dos regimes de comunhão universal, separação obrigatória e comunhão parcial dos bens, quando não haja bens particulares, somente nessas hipóteses é que o viúvo não irá concorrer. A explicação para que o direito à concorrência não ocorra é que nos casos da comunhão universal de bens e da separação parcial não existindo bens particulares do *de cujus*, está caracterizada a mesma situação prática, em que o cônjuge supérstite já tem o direito à meação de todo o patrimônio do casal, havendo a presunção de que não há necessidade de recebimento de quota da herança e, no caso da separação obrigatória, por esta ser imposta por lei, não faria sentido permitir que o cônjuge supérstite herdasse bens que lhe foram negados à época da constituição matrimonial<sup>16</sup>.

Assim, por não terem sido mencionados em lei, nos regimes da separação convencional e na participação final nos aquestos haverá a concorrência ao direito sucessório entre o cônjuge e os descendentes<sup>17</sup>, e a concorrência incidirá sobre toda a herança (bens comuns e particulares), pois ao viúvo estará assegurado quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por

---

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 132.

<sup>17</sup> *Idem.*

cabeça, mas este nunca poderá ser inferior à quarta parte da herança<sup>18</sup>.

Divergindo da opinião de Caio Mário em muitos sentidos, tem-se Maria Berenice Dias, que, em sua obra, inclusive, faz observação bastante pertinente e merece ser enfatizada: é o caso dos regimes híbridos, em que o casal, à data do casamento, optou por um determinado regime de bens, mas, passado algum tempo, o modifica. Nesse tipo de situação, é importante que seja levado em consideração o regime vigente na data da abertura da sucessão para o cálculo da herança do cônjuge sobrevivente<sup>19</sup>.

Quanto à interpretação da autora acerca da novidade trazida pela lei, no regime da comunhão universal de bens não há direito à concorrência porque o cônjuge já seria detentor de metade de todo o patrimônio existente, através da meação, sendo a ele destinada, metade de todos os bens particulares do *de cujus* e de todos aqueles adquiridos depois da vida em comum do casal, de modo que seria excessiva qualquer concorrência com os descendentes sobre a outra metade<sup>20</sup>.

Sobre a separação convencional de bens, a autora defende que os efeitos devem ser os mesmo da separação obrigatória, e entende como uma incongruência da lei não ter citado esse regime de bens entre as exceções do direito de concorrência. Para tanto, usa a justificativa de que se o casal firmou pacto antenupcial e optou de forma livre e consciente por aquela configuração do regime de bens, então é porque queriam afastar qualquer efeito patrimonial do casamento e desrespeitar esta escolha tomada por ambos os cônjuges, seria uma afronta ao princípio da autonomia da vontade<sup>21</sup>.

Outra crítica feita por Maria Berenice é sobre o regime da comunhão parcial de bens, quanto à natureza dos bens discriminados no controvertido inciso. Infere que não faz sentido o

---

<sup>18</sup> Idem, p. 104.

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 164.

<sup>20</sup> idem.

<sup>21</sup> Idem, p. 165-166.

viúvo receber a meação dos bens comuns do casal e concorrer com os descendentes sobre a porção dos bens particulares, pois, uma vez que a sociedade conjugal se extingue com o divórcio, ao cônjuge somente cabe a metade do patrimônio amealhado por ambos, configurando uma grande contradição que com a extinção da união em razão da morte, o cônjuge sobrevivente receba parcela daquele patrimônio exclusivo do falecido. Entende que o cônjuge sobrevivente tem direito à metade dos bens comuns, por meio do instituto da meação e, concorre com os herdeiros do *de cuius*, sobre os bens comuns deixados por ele, pois, desse modo, os bens particulares dele ficam salvaguardados e são somente transmitidos aos seus descendentes. Justifica que feita dessa forma a interpretação do artigo está em maior consonância com a lógica da vida, e também com a vontade do autor da herança, já que esta foi a decisão tomada pelo casal no momento da escolha do regime de bens, e, tendo optado por alguma das formas que separe o patrimônio particular de cada um, entende-se que a sua vontade era de ter a incomunicabilidade daquele com o patrimônio comum<sup>22</sup>.

Por fim, a autora manifesta sua insatisfação com o dispositivo em discussão por ele dar soluções díspares a hipóteses idênticas e tratamento desigual a situações diametralmente opostas, infringindo os princípios da igualdade e da liberdade, que sustentam o respeito à dignidade humana<sup>23</sup>.

Diferente, também, das opiniões dos autores anteriormente citados é a da doutrinadora Giselda Hironaka. Ela compreende as situações da comunhão universal e separação legal dos bens como impeditivas à concorrência do cônjuge sobrevivente, pois assim o legislador determina. E justifica tal compreensão com o argumento de que na primeira hipótese, sendo meio de todo o patrimônio do casal, o viúvo já está protegido financeiramente, sendo um excesso fazê-lo herdar além de tal

---

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 166-167.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 168

montante. Já na outra situação, entende que a própria lei proíbe regime patrimonial diverso, não cabendo ao Estado alterar tal disposição legislativa após a morte do *de cuius*, pois assim a lei não teria nenhum sentido, se servisse somente aos casos de dissolução conjugal em vida<sup>24</sup>.

Quanto ao regime da separação convencional de bens, a ora autora entende que como a lei nada menciona, então nesse caso, o cônjuge supérstite herda em concorrência com os descendentes do falecido, conforme previsto para as demais hipóteses de regime de bens<sup>25</sup>.

Ao tratar do regime da comunhão parcial de bens, por sua vez, a interpretação da autora se dá da seguinte forma: o viúvo recebe a meação do patrimônio comum construído pelo casal e, quanto aos bens particulares deixados pelo autor da herança, ele herda em concorrência com os descendentes. Nesse caso, portanto, a parte da meação pertencente ao falecido será dividida exclusivamente pelos seus descendentes, não cabendo ao cônjuge sobrevivente concorrer sobre essa parcela do patrimônio<sup>26</sup>.

Assim, possui entendimento de que o cônjuge sobrevivente herda em concorrência com os descendentes do *de cuius* nos casos autorizados por lei, de acordo com o regime de bens escolhido no casamento e, tal concorrência se dará apenas sobre os bens particulares daquele, uma vez que já possui o direito de meação sobre os bens comuns do casal.

Analisando os posicionamentos dos autores acima elencados, percebe-se que a doutrina não possui entendimento uni-

---

<sup>24</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões – inventário e Partilha*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 102.

<sup>25</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.* p. 103.

<sup>26</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. Cit.* p. 103.

forme para tratar do tema da sucessão do cônjuge, e muitos discordam, inclusive, da posição adotada pelos tribunais, o que gera grandes controvérsias e prejudica profundamente o direito sucessório do viúvo.

## 5. AS DISTINTAS POSIÇÕES ADOTADAS PELO STJ

Não foi somente a doutrina que encontrou diferentes formas de entender o que o Código Civil brasileiro prescrevera para a concorrência entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente, mas também os tribunais, e, entre eles, o Superior Tribunal de Justiça, que até pouco tempo atrás não tinha entendimento uniformemente consolidado acerca da matéria.

Como exemplo, tem-se o julgamento do REsp: 992749/MG<sup>27</sup> e REsp: 1377084/MS<sup>28</sup> em que o entendimento da 3ª turma do STJ com relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, está claro no sentido de privilegiar o regime de bens escolhido pelo casal, previsto em pacto antenupcial ou escritura pública.

Assim, entende-se que a vontade das partes precisa ser integralmente respeitada, de modo que independente da forma como se dê a separação dos bens, seja ela legal ou convencional, o cônjuge supérstite não adquire direito à herança do *de cuius*, tendo sido a vontade de ambos a incomunicabilidade do patrimônio.

Sob este mesmo fundamento, nos casos em que há a comunicação dos bens, e o cônjuge sobrevivente faz jus à meação do patrimônio comum do casal, este ainda concorre com os descendentes do *de cuius*, mas somente sobre a meação daquele que falecera, ou seja, o cônjuge supérstite, nesse contexto, jamais herda o patrimônio particular do autor da herança quando este

---

<sup>27</sup> STJ - REsp: 992.749/MG, rel. Min Nancy Andrighi, 3ª turma, DJe 15.10.2013 (ementa em anexo I)

<sup>28</sup> STJ - REsp: 1.377.084/MS, rel. Min Nancy Andrighi, 3ª turma, DJe 05.02.2010 (ementa em anexo II)

deixar descendentes, pois essa foi a vontade do casal ao optar pelo regime da comunhão parcial de bens e, se os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte.

Segundo o posicionamento da referida turma, a concorrência sobre o patrimônio comum é muito mais justa e lógica, pois permite, assim, que o cônjuge supérstite herde parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido.

Para embasar a decisão e o entendimento jurisprudencial nesse sentido, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça faz uso do princípio da autonomia da vontade, e do princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo que a vontade das partes é soberana devendo, portanto, ser integralmente respeitada. E mais, fala também da observância ao princípio da exclusividade, que protege as relações familiares de terceiros e do próprio Estado, de modo que jamais caberia qualquer interferência do poder público para alterar um acordo estipulado por ambas as partes, pois tal medida parecer descabida e exorbitante.

Conforme dito anteriormente, os tribunais não possuíam uma interpretação sedimentada sobre o tema, fato que levou à edição de precedentes descompassados, no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça. Como outro exemplo dessa falta de uniformização jurisprudencial tem-se o julgamento do REsp: 1472945/RJ<sup>29</sup>, cujo relator foi o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, e entendeu que o CC/2002, ao implantar o Art. 1.829, inciso I, buscava ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, já que a Lei do Divórcio substituíra o regime da comunhão universal de bens pelo da comunhão parcial, o que poderia implicar no desamparo ao viúvo.

Assim, sua interpretação, juntamente com a terceira turma foi a de garantir a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes sobre os bens particulares do *de cujus*, de modo

---

<sup>29</sup> STJ - REsp: 1472945/RJ, rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª turma, DJE 14.11.2014 (ementa em anexo III)

que, diferentemente do que defendia a Ministra Nancy Andrichi, o viúvo faria jus a herdar ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens e, no caso da comunhão parcial, aquele só concorreria com os descendentes sobre os bens particulares deixados pela pessoa do falecido.

Hoje, todavia, foi uniformizado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto a esta controvérsia, tendo pacificado a questão adotando a interpretação dada pelo Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil ao Artigo 1829, I, que aduz: "O artigo 1.829, I, do CC/02 só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) serem partilhados exclusivamente entre os descendentes".

Baseado no entendimento atual, portanto, o cônjuge, ainda que casado sob o regime da separação convencional dos bens, herda em concorrência com os descendentes do de *cujus*, mesmo que o casal tenha estipulado, em acordo prévio à constituição do casamento, a incomunicabilidade de seus patrimônios particulares.

No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge supérstite tem direito à meação do patrimônio comum do casal, e concorre com os descendentes somente sobre os bens particulares deixados pelo de *cujus*, de modo que a parte da meação deste caberá tão somente aos seus descendentes.

Já nos casos de separação obrigatória de bens, ou seja, aquela determinada por lei, e no de comunhão universal, o cônjuge sobrevivente não concorre à herança do de *cujus*, no primeiro caso, pelo fato da separação ter sido por força de lei, ele não pode herdar, e no segundo, porque ele já adquire a metade de todo o patrimônio através da meação, de modo que a metade

pertencente ao falecido é dividida somente pelos seus descendentes.

Nesse sentido, com a consolidação de posicionamento pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do artigo em comento, foi proporcionada maior uniformidade na doutrina e jurisprudência e, conseqüentemente, maior segurança às partes, já que a resolução da matéria não mais dependerá do entendimento adotado por aqueles que irão julgá-la.

Embora resolvida a controvérsia, cumpre questionar se a solução dada faz-se realmente efetiva, em virtude de não ter havido análise conjunta dela com os demais institutos do direito sucessório e, uma vez que se conjuguem essas duas realidades, quais sejam, a concorrência do cônjuge sobrevivente somente sobre os bens particulares do *de cujus* e institutos como o da colação, da reserva da legítima, entre outros, maiores problemas poderão ser desencadeados, conforme ficará exposto nos pontos a seguir.

## 6. ESPAÇOS VAZIOS NA SUCESSÃO DO CÔNJUGE E OS NOVOS PROBLEMAS QUE SURGEM EM FACE DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

Com o advento do novo código civil, o cônjuge percebeu alguns privilégios em relação ao direito sucessório que antes não possuía. Agora, ele tem garantida sua quota-parte, por ter sido elevado à posição de herdeiro necessário, não podendo ser excluído da sucessão, exceto nos casos em que a própria lei determina. O avanço legislativo nesse cenário é justificado pela necessidade da proteção do direito de alguém tão importante para o *de cujus*, e, como o direito das sucessões é pautado justamente na vontade daquele, presume-se que o falecido iria querer que a pessoa com quem dividiu parte de sua vida, fosse amparada após sua morte.

O que se observa na dinâmica atual, todavia, nem sempre



é a concretização desse direito. Pois, além das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes quanto ao modo como se deve dar a sucessão do cônjuge supérstite, também podem ser observadas diversas outras questões problemáticas capazes de prejudicar a herança do cônjuge sobrevivente, onerando-o de tal forma, que pode chegar a sequer herdar. A realidade, portanto, vem se mostrando bastante diferente da teoria, e, não tendo o legislador atentado para essas questões, o viúvo tem seu direito mitigado.

Quanto à origem dessas questões problemáticas, estas são as mais variadas possíveis, mas é certo que acabam implicando prejuízos ao cônjuge sobrevivente. Seja, portanto, em razão de lacunas legislativas, do entendimento adotado pelo STJ para a concorrência do cônjuge, de ignorância quanto à forma como se deve processar a sucessão, por má-fé de terceiros, ou até mesmo má-fé do próprio *de cuius*, que por não querer beneficiar o cônjuge, planeja sua sucessão de forma a excluí-lo disfarçadamente, a mitigação ao direito de suceder que sofre o cônjuge sobrevivente é uma realidade, e esta precisa ser combatida em todas as suas formas.

## 6.1. RESERVA DA LEGÍTIMA

Dentre os direitos e garantias fundamentais, previstos constitucionalmente, está o direito à herança<sup>30</sup>, o que mostra que a própria Constituição Federal se preocupou em garantir que os bens do *de cuius* sejam transmitidos aos seus sucessores, conforme prescreve a lei civil, só passando-os ao ente público em último caso, quando a herança é vacante em razão da ausência de herdeiros. Ademais, o reconhecimento da sucessão *mortis*

---

<sup>30</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança;

*causa* constitui um corolário da garantia do direito à propriedade privada, regido também pela CF, em seu Art. 5º, incisos XXII e XXIII, uma vez que não faria sentido a apropriação por parte do Estado de bens que durante toda a vida tiveram sua propriedade garantida<sup>31</sup>.

Assim, justamente com o intuito de que não haja fraude à herança, e que aos herdeiros necessários seja garantido seu direito de herdar, fala-se em reserva da legítima, representada por quota indisponível, determinada pelo legislador, caracterizando a porção de bens que o testador não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários<sup>32</sup>.

Este instituto, por sua vez, disposto no Art. 1.846 CC<sup>33</sup>, além de buscar concretizar o direito à herança, encontra seu fundamento também através da conciliação entre o princípio da liberdade do proprietário dos bens e o direito dos familiares próximos à sucessão, ou seja, entre a plena liberdade de testar e a proteção da família. Nesse sentido, a reserva dos herdeiros necessários é intangível, não podendo ser diminuída na essência ou no seu valor por nenhuma cláusula testamentária, pois o princípio da intangibilidade da legítima representa premissa básica do direito sucessório, informando o conjunto de suas normas<sup>34</sup>.

Composta pela metade do acervo hereditário, a legítima não pode ser maculada, de modo que o próprio autor da herança, seu titular, não pode ofendê-la, nem ao fazer doações, nem via testamento, e, até mesmo quando contempla os descendentes a título de adiantamento de legítima, precisa respeitar o igual direito dos coerdeiros<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. Cit.* p. 32.

<sup>32</sup> FERNANDES. Luís A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris?, 2004. p. 371

<sup>33</sup> Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

<sup>34</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. Cit.* p. 43.

<sup>35</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* P. 282.

Não se pode falar, todavia, que a reserva à legítima cerceia a livre liberdade de testar, pois, ao determinar a possibilidade de o testador dispor livremente da metade de seus bens, permite a legislação civil que o mesmo exerça seu direito de propriedade, garantido constitucionalmente no inciso XXII do Art. 5º da CF/88 e, por outro lado, garantindo à família a metade dos bens do *de cuius*, efetiva-se a especial proteção que o Estado dispensa à mesma, conforme os ditames do Art. 226 da CF/88<sup>36</sup>.

A lei ainda permite a escolha, por parte do testador, dos bens que irão compor o quinhão de cada herdeiro, bem como a determinação daqueles que serão destinados ao cônjuge ou companheiro, em forma de concorrência sucessória<sup>37</sup>.

Questão que não se atentaram, tanto a lei, quanto a doutrina, é a de que embora haja ressalva de porção patrimonial para satisfazer a sucessão legítima, regida e protegida por lei, esta proteção é insuficiente para garantir o direito do cônjuge supérstite a perceber quinhão da herança.

Atrelado também ao entendimento adotado pelo STJ quanto à forma como deve ocorrer a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, observa-se que o viúvo somente irá herdar a depender da natureza dos bens deixados pelo *de cuius*. Senão, vejamos o exemplo:

*A* e *B* são casados pelo regime da comunhão parcial de bens e *A* tem, a título de bens particulares, um carro no valor de 50 mil reais e uma loja no valor de 100 mil reais. O casal tem dois filhos, *C* e *D*, e construiu o patrimônio comum de 450 mil reais. *A* falece e na abertura de sua sucessão, vem à tona um testamento em que *A* deixara o carro no valor de 50 mil reais ao seu amigo *Z* e seu comércio, no valor de 100 mil reais, ao seu irmão *Y*. *B* recebe, através de seu direito de meação, metade dos bens comuns, ou seja, 225 mil reais. Assim, analisando o valor dos bens comuns deixados por *A* (225 mil) e o valor dos bens doados

<sup>36</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. Cit.* p. 44.

<sup>37</sup> DIAS. Maria Berenice. *Op. Cit.* p.281.

em testamento (150 mil), conclui-se que houve o respeito à legítima, pois mais da metade do patrimônio de *A* fora preservada para satisfazer o direito de seus herdeiros necessários, *B*, *C* e *D*. Acontece, todavia, que os 225 mil reais por ele deixados serão somente partilhados por *C* e *D*, pois representam bens comuns, sobre os quais o viúvo (*B*) não tem direito à concorrência. Assim, feita a partilha, *C* e *D* receberão 112,5 mil reais respectivamente e *B* não receberá nada.

Percebe-se, assim, que se não houver bem particular, o cônjuge supérstite não herda. Qual seria o propósito, desse modo, de elevar o cônjuge à categoria de herdeiro necessário e, mais ainda, de prever sua concorrência com os descendentes do *de cuius* se não há nenhuma ressalva legislativa que garanta a constituição da legítima por bens comuns e particulares, ou que garanta uma quantia mínima à quota-parte do viúvo? O fato de não existir nenhuma disposição nesse sentido implica prejuízo ao cônjuge sobrevivente, pois, como ele só concorre com os descendentes do falecido sobre os bens particulares, se tais bens são inteiramente dispostos antes da morte ou ainda pela via testamentária, o cônjuge acaba por não herdar nada, cabendo-lhe somente a meação, que não figura direito sucessório, mas um direito que fora por ele adquirido através do matrimônio.

Dessa forma, seria pertinente, além da regra que determina a reserva da legítima, que também fosse prevista a forma como se daria a composição daquela, a natureza dos seus bens. Pois, dessa maneira, ficaria resguardado não só o direito dos descendentes, mas também o do cônjuge nos casos em que concorre com aqueles, senão, do contrário, ele poderá ficar de fora da sucessão.

Apesar de não existirem grandes debates sobre tais aspectos, questões desse tipo não podem ser ignoradas porque implicam cerceamento de um direito, direito este, resguardado pela própria Constituição Federal.

E, ao garantir o princípio da intangibilidade da legítima,

está se concretizando, no direito sucessório, os valores constitucionais vigentes da dignidade da pessoa humana, da proteção à família, da solidariedade, da livre iniciativa e da propriedade privada, estando, portanto, de acordo com o ordenamento constitucional vigente<sup>38</sup>. Por isso se faz imprescindível também a garantia à sucessão do cônjuge, pois se este tem seu direito mitigado, todos esses valores caem por terra, pois não se perfazem.

## 6.2. LIBERALIDADES TESTAMENTÁRIAS

A livre liberdade de testar é uma máxima no direito sucessório, pois garante ao testador, que possa dispor de seus bens conforme seu bel-prazer. A única limitação imposta a esta liberdade, todavia, é em relação à legítima, dada a necessidade de garantir que metade dos bens fiquem salvaguardados para satisfazer a herança dos herdeiros necessários. Mas, ainda assim, o autor da herança pode determinar, pela via testamentária, a forma como deve acontecer a sucessão legítima, designando os bens que devem ser transferidos a cada um dos herdeiros. Faz-se imprescindível, porém, que ele respeite os valores das doações, de modo que elas se equiparem e assim um coerdeiro não seja beneficiado em detrimento dos outros, a não ser, é claro, que este benefício seja da vontade do próprio testador e aquilo que extrapola em relação à legítima dos demais, saia da parcela disponível do patrimônio do *de cuius*.

Nesse sentido, observa-se que ao testador apenas são impostas algumas restrições, pela necessidade de reserva da legítima, pois esta se faz imprescindível para que a família não fique desamparada em virtude de sua morte, o que poderia acontecer se lhe fosse permitido dispor de todo o seu patrimônio, podendo ocasionar, de uma hora para outra, a ruína e a miséria da comunidade familiar<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. Cit.* p. 46.

<sup>39</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. Cit.* p. 44.

Testamento é, portanto, ato unilateral de última vontade pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois da sua morte, dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo resolve para efeitos jurídicos. Para sua perfeição, não é preciso que faleça o testador, tampouco que nas cláusulas consintam os beneficiados, o que importa é que o testador tenha capacidade para fazê-lo e o faça dentro da lei<sup>40</sup>.

Por meio de testamento, o autor da herança pode realizar liberalidades através de legados ou de porção da herança. No caso de o testador dispor de toda a sua fortuna ou parte dela, sem especificar a qualidade da nomeação, então o beneficiado com aquela porção será considerado herdeiro, pois os bens não foram determinados. Se, todavia, ele determina o objeto ou os objetos a serem entregues a pessoa certa, esta será, na verdade, legatário, e aqueles bens a ela transmitidos, de forma específica e individualizada, configuram legados<sup>41</sup>.

O testador pode beneficiar qualquer pessoa estranha à sucessão, mas nada impede que ele nomeie herdeiro testamentário ou legatário os próprios herdeiros legítimos, necessários ou facultativos. Mas, ao contemplar seus herdeiros necessários, é imprescindível que manifeste expressamente que os está beneficiando com a parte disponível de seus bens, pois, do contrário, presume-se que o legado consiste em antecipação ao direito de herança, devendo ser abatido de sua legítima<sup>42</sup>.

Nesse sentido, conclui-se que, querendo, o autor da herança poderá beneficiar alguns de seus herdeiros necessários em detrimento de outros, já que a todos está assegurada a legítima. É o caso, por exemplo, de descendente, que tem garantido o seu direito à sucessão, mas pode, além do quinhão, receber bem advindo da parte disponível da herança, se for da vontade do *de*

---

<sup>40</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado dos Testamentos – volume I*. 1ª Ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2005. p. 44-45.

<sup>41</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado dos Testamentos – volume III*. 1ª Ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2005. p. 243.

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 397.

*cujus*. Mas, para que a doação não seja encarada como adiantamento de legítima, é preciso que o autor da herança deixe claro que a liberalidade saíra da parte disponível de seus bens, senão, o descendente terá obrigação de colacionar para que se estabeleça a igualdade dos quinhões.

A problemática da questão, que pode vir a afetar o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, reside no fato de que por poder dispor de metade de seu patrimônio, tendo apenas a obrigação de deixar cinquenta por cento dele intocado, o autor da herança, a depender do regime de bens adotado no casamento, pode realizar manobras escusas com o objetivo e excluir o cônjuge supérstite da sucessão.

Sabendo que a concorrência do cônjuge com descendentes incidirá somente sobre a parcela de bens particulares da herança, o testador poderá, por ignorância ou até mesmo por má-fé, dispor de todos os bens dessa natureza por meio de testamento, de modo que à legítima somente restariam os bens pertencentes à meação do *de cuius*, sobre os quais o viúvo não pode concorrer, conforme atual posicionamento do STJ.

Por força do Art. 1.647 CC<sup>43</sup>, para que o cônjuge casado, sob regime que não seja o da separação absoluta de bens, possa fazer doação do seu patrimônio, é necessária autorização do outro cônjuge, uma vez que aquele bem doado poderia vir a integrar sua meação no futuro. E, uma vez tendo autorizado a doação, o cônjuge supérstite não poderá vir a contestá-la num segundo momento, mesmo que esta tenha recaído sobre bem particular do *de cuius*, e este seja o único bem ao qual o viúvo teria direito de concorrência.

---

<sup>43</sup> Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Já quando a disposição é feita através de testamento, não é preciso outorga do cônjuge do autor da herança pois, conforme já foi dito, a única limitação sofrida pela liberdade de testar, é sobre a legítima, sendo proibido ultrapassá-la, de modo que sobre esse tipo de liberalidade, muitas vezes, o cônjuge sequer tem conhecimento. Assim, quando aberta a sucessão e chegada a hora da partilha e não existirem bens particulares sobre os quais o cônjuge supérstite possa concorrer, ele não poderá arguir nem contra a doação que ele mesmo autorizou, nem sobre a liberalidade realizada através de ato de última vontade, a qual ele não teve conhecimento. Como poderá, dessa forma, ter seu direito garantido? Para ilustrar melhor a situação tomemos como exemplo:

*A* e *B*, casados sob o regime da comunhão parcial de bens, possuem dois filhos, *C* e *D*. Ainda em vida, *A* decide doar uma casa, pertencente ao seu patrimônio particular, no valor de 60 mil reais, a seus pais e, para tanto, *B* concordou com tal liberalidade, vez que sua outorga faz-se imprescindível nesse regime de bens. Ao morrer, *A* deixa o patrimônio comum de 400 mil reais e bem particular no valor de 40 mil reais. Dos 400 mil reais deixados, 200 mil pertencem a *B*, em razão do seu direito à meação. Através de testamento, *A* determina que o bem particular, no valor de 40 mil, deve ser entregue a seu irmão. Assim, somando-se os bens objeto de liberalidades (R\$ 60 mil + R\$40 mil) com a meação deixada por *A* (R\$ 200 mil), totaliza-se o valor de 300 mil reais, dos quais ele só dispôs de um terço, de modo que a legítima (mínimo de R\$ 150 mil, metade do patrimônio total do *de cuius*), não fora prejudicada, e, aos seus herdeiros, resta a quantia de 200 mil reais a ser dividida. Assim, feita a partilha, seus filhos, *C* e *D*, receberão o valor de 100 mil reais cada um, e *B*, o viúvo, nada receberá, pois apesar de *A* possuir bens particulares, esses foram por ele dispostos, e sobre os bens comuns, não ocorre concorrência entre o cônjuge e descendentes.

Desse modo, percebe-se que apesar de garantida a porção



necessária para satisfação da legítima, o direito do cônjuge à sucessão fora violado, por não existirem bens particulares sobre os quais ele possa concorrer. Nesse caso, a legítima não estaria atendendo ao seu objetivo, por excluir o cônjuge, herdeiro necessário, do direito sucessório.

No caso de o testador dispor além daquilo que tem disponível, ocorrerá a redução das liberalidades. Tal redução se dará, primeiramente, sobre os quinhões doados, respeitadas as devidas proporções e, não sendo suficiente o valor arrecadado, ter-se-á também a redução dos legados, com o objetivo de reestabelecer a legítima, que fora mitigada por liberalidades exageradas<sup>44</sup>.

Assim, até que ponto seriam válidas as disposições de bens particulares feitas pelo autor da herança quando da existência de um cônjuge concorrente à sucessão? Pois, da mesma maneira como é vedado dispor de bens que ultrapassem o limite da legítima, também deveria sê-lo quando tais liberalidades maculassem o direito do viúvo de herdar.

Desse modo, observa-se que além da necessidade de garantia da legítima, que pode acarretar inclusive em redução das disposições feitas pelo testador por meio do seu ato de última vontade, faz-se necessário também a garantia do quinhão do cônjuge sobrevivente, pois de nada adianta haver a parcela do patrimônio necessária, mas não existir direito à concorrência, pelo fato de que todos os bens sobre os quais ele poderia incidir, foram doados pelo testador.

Percebe-se, assim, que o direito à herança é ainda mais importante e imprescindível que a livre liberdade de testar e, portanto, a autonomia da vontade. Já que, poderia ser a vontade do testador beneficiar determinadas pessoas via testamento, mas se os herdeiros necessários não receberem aquilo que por direito lhes cabe, os outros não poderão receber o que lhes fora doado.

---

<sup>44</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado dos Testamentos – volume VI*. 1ª Ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2005. p. 131-132.

### 6.3. COLAÇÃO

Além da doação através de testamento, em que o autor da herança pode determinar que as pessoas nele elencadas serão beneficiadas com os bens por ele determinados quando da ocorrência de sua morte, ele pode também dispor dos seus bens em vida, mas, sobre tais liberalidades, a depender das pessoas que tenham sido beneficiadas, incidirá a obrigação de colacionar, como forma de garantir que alguns serão beneficiados em detrimento de outros.

Assim, enquanto a reserva da legítima tem o escopo de garantir parcela do patrimônio do *de cujus* para que seus herdeiros necessários possam exercer seu direito à herança, limitando as disposições testamentárias, a colação representa a salvaguarda às legítimas subjetivas<sup>45</sup> desses herdeiros. Dentre os institutos presentes no código civil que buscam atender aos princípios e fundamentos do direito sucessório e trazer, portanto, o máximo de justiça ao processo de inventário, está a colação, que consiste na obrigação de o herdeiro conferir as doações recebidas quando da morte do doador<sup>46</sup>.

Em atendimento ao princípio da igualdade dos quinhões, a colação entra em cena para restabelecer a igualdade das legítimas dos herdeiros necessários do *de cujus*<sup>47</sup>, pois a lei supõe que a vontade do autor da herança seria a de igual tratamento aos seus herdeiros<sup>48</sup>.

A problemática do instituto, entretanto, reside na lacuna deixada pelo legislador, ao não dispor expressamente sobre a necessidade e a forma do cônjuge sobrevivente trazer bens à colação,

---

<sup>45</sup> Entende-se por legítima subjetiva o quinhão de cada herdeiro, e, por legítima objetiva a parcela do patrimônio que será destinada a suprir o direito sucessório dos herdeiros necessários.

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 590

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 372

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 591

de modo que o entendimento quanto à sua obrigatoriedade só pôde ser observado após análises doutrinárias e jurisprudenciais que sedimentaram tal interpretação com base na conjugação de dois dispositivos do código civil.

Não tem obrigação de colacionar o bem recebido quem não era herdeiro necessário à época da doação, pois se presume que este saíra da parte disponível da herança. Caberá aos herdeiros necessários, todavia, provar qualquer excesso que tenha havido, no caso de o doador ter ultrapassado o limite disponível<sup>49</sup>.

O que sustenta o instituto da colação é a presunção de que quando a doação é realizada à pessoa que ostenta a qualidade de herdeiro necessário à época do ato de liberalidade, a dação daquele bem consiste, na verdade, numa antecipação da herança, ou seja, o autor da herança doa a seu herdeiro em vida, aquilo que ele herdaria quando aquele morresse. Se, todavia, for da vontade do autor beneficiar um herdeiro em detrimento dos demais, então ele deve expressar, no momento da doação ou em seu testamento, que o bem saíra de sua parte disponível, de modo que não está sujeito à conferência.

Não são todos os herdeiros necessários, entretanto, que possuem a obrigação de colacionar. Ela está adstrita aos descendentes, sejam eles filhos ou netos do *de cuius*, estes últimos quando estiverem exercendo o direito de representação<sup>50</sup>. Nesse caso, o neto precisa trazer o bem à colação ainda que não o tenha herdado de seu genitor, o que caracteriza uma grande contradição e até mesmo um excesso.

Não estão obrigados a colacionar os ascendentes, tampouco os colaterais, pois a lei não prevê a tais pessoas esse dever de conferência. E, por ser uma norma restritiva de direitos, não cabe interpretação extensiva<sup>51</sup>.

Quanto à necessidade de conferência de doação recebida

---

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 591.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 429.

<sup>51</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.* p.474.

por cônjuge sobrevivivo, a doutrina ainda encontra algumas divergências, mas a maioria se posiciona no sentido de exigir tal obrigação.

Ocorre, no entanto, que se fala em colação quando o herdeiro beneficiado pela liberalidade ostenta a característica de necessário, e não apenas legítimo e, o cônjuge, como herdeiro necessário, está somente na terceira posição da ordem de vocação hereditária, abaixo dos descendentes e ascendentes do falecido. Logo, quando obrigado a colacionar para igualar sua legítima à dos descendentes, ele o faz em razão de seu direito à concorrência, como bem afirma Maria Berenice Dias ao dispor que a doação entre cônjuges não consiste em adiantamento de legítima, mas adiantamento do direito concorrente e que, havendo direito concorrente, seja ele em relação aos descendentes, seja em relação aos ascendentes, o cônjuge precisa colacionar aquilo que recebera por meio de doação<sup>52</sup>.

O fundamento para tanto é a conjugação dos artigos 544<sup>53</sup> e 2.003<sup>54</sup> do código civil, uma vez que o primeiro caracteriza a doação de um cônjuge a outro como adiantamento de legítima, e o outro aduz que o instituto da colação tem o fim de igualar as legítimas dos descendentes e cônjuge sobrevivente.

Além daqueles que defendem a conjugação dos artigos acima mencionados para exigir do cônjuge supérstite a conferência de bem que lhe fora doado, parte da doutrina acredita, ainda, que apesar de a figura do cônjuge não estar presente no Art. 2.002 CC<sup>55</sup>, dentre aqueles que devem trazer à colação o

---

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 594.

<sup>53</sup> Art. 544. A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.

<sup>54</sup> Art. 2.003. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida neste Código, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuem os bens doados.

<sup>55</sup> Art. 2.002. Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação.

valor dos bens recebidos pelo autor da herança, este deveria estar, pois, como o intuito é o de igualar os quinhões dos herdeiros, não seria razoável nem justo que ele fosse eximido dessa obrigação quando os descendentes têm esse dever<sup>56</sup>.

Por outro lado, para que se fale em colação do cônjuge, é preciso que exista, primeiramente, o direito de concorrência e este irá depender do regime de bens adotado no casamento. Assim, por não haver concorrência quando casado nos regimes de comunhão universal, separação obrigatória de bens e comunhão parcial se só houver deixado bens comuns, nesses casos não estaria obrigado a colacionar<sup>57</sup>, pois, por não ser herdeiro concorrente nesses casos, ficaria subentendido que qualquer bem doado pelo *de cuius* em vida sairia de sua parte disponível.

A colação depende, pois, do direito sucessório do viúvo e este depende da conjugação de dois fatores, quais sejam, o regime de bens adotado no casamento e a natureza dos bens deixados pelo *de cuius*, de modo que se não restarem bens particulares, o viúvo não possui direito à concorrência.

Outra questão a ser ventilada seria sobre os bens que o cônjuge supérstite estaria obrigado a colacionar, se seria sobre todo e qualquer bem, ou somente sobre os bens particulares do *de cuius*, vez que esta é a parte que lhe toca da legítima. Assim, se recebesse bem pertencente à parcela da meação do falecido, ou seja, bem comum, teria ele o dever de trazer o referido bem à conferência? Tais indagações são de difícil resposta e decorrem, em sua maioria, do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à forma como deve ocorrer a sucessão do cônjuge sobrevivente, qual seja, somente sobre os bens particulares deixados pelo autor da herança.

Levando em consideração, portanto, que o cônjuge su-

---

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 430.

<sup>57</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Teorias controvertidas do direito das sucessões – o cônjuge e o companheiro*. 1ª Ed. Lisboa: aafdl, 2015. p. 235.

pérstite só tem direito à concorrência nos casos em que era casado pelo regime da separação convencional, da participação final nos aquestos e da comunhão parcial de bens, desde que o *de cujus* tenha deixado bens particulares, e que nesses casos ele concorre apenas sobre bens dessa natureza, entende-se, então, que caso lhe seja doado bem comum, sobre o qual, pois, não concorre, ele não estará obrigado colacioná-lo, já que, o autor da herança buscou, provavelmente, por meio desta liberalidade, beneficiá-lo, dando-lhe um bem ao qual jamais teria direito.

Para ilustrar a situação, tem-se o seguinte exemplo:

A e B eram casados sob o regime da comunhão parcial de bens e possuíam dois filhos, C e D. Ainda em vida, A doou a B a sua parte da casa de praia que possuíam, e tal doação, perfez o valor de 100 mil reais. Ao morrer, A deixou o valor de 900 mil reais em bens comuns e 150 mil reais totalizando seus bens particulares. B recebe, portanto, à título de meação, 450 mil reais, e ao espólio de A, é destinada a sua parte da meação, no valor de 450 mil mais os seus bens particulares (150 mil reais), somando, portanto, o valor de 600 mil reais. Para fins de conferência da legítima, é necessário somar a esse valor (600 mil reais), o valor referente ao bem por A doado em vida (100 mil reais), assim, a metade indisponível do patrimônio perfaz a quantia de 350 mil reais ( $600 \text{ mil} + 100 \text{ mil} / 2$ ), de modo que o valor deixado por A, atende e até supera-a. Quando da realização da partilha, o cônjuge (B) somente concorrerá com os descendentes (C e D) sobre os 150 mil reais, referentes aos bens particulares, cabendo a cada um, portanto, a quantia de 50 mil reais. Os bens comuns somente serão herdados por C e D, de modo que a cada um, caberá o valor de 225 mil reais. Assim, C e D receberão, através de seu direito sucessório, o valor de 275 mil reais, e B, o valor de 50 mil reais.

Nesse caso, pois, faz sentido que B seja obrigado a trazer à colação bem que lhe fora doado? Percebe-se que o quinhão do cônjuge é manifestamente menor que o dos demais, de modo que ele não precisaria trazer bem à colação para igualar as legítimas

e, mesmo que o fizesse, a parcela por ele herdada continuaria inferior a dos demais, além de que a conferência da doação oneraria ainda mais o seu direito, tornando-o, inclusive, devedor do espólio. Além do fato, é claro, de que a legítima fora respeitada e, como o referido bem fora proveniente dos bens comuns do falecido, parcela sobre a qual não concorre o cônjuge sobrevivente, deve-se subentender que a liberalidade adveio da quota disponível dos bens, não havendo necessidade de colacioná-la.

Nesse sentido, observa-se que os limites da colação, principalmente nos casos de concorrência entre viúvo e descendentes, ainda não estão bem estabelecidos, e que além de ter seu direito sucessório reduzido frente aos demais herdeiros, saindo, na maioria dos casos, em aparente desvantagem quanto ao quinhão dos descendentes, ainda assim lhe é imposta a obrigação de colacionar. Para que tal dever seja proporcional, este somente deveria ocorrer à título de conferência, não sendo necessário a integralização da parte excedente pelo viúvo, a não ser nos casos em que a doação extrapole a quantia recebida pelos demais herdeiros concorrentes, caso em que ele estaria obrigado a ressarcir o montante sobressalente.

Por fim, a necessidade de colacionar bem advindo da meação do *de cuius*, além de caracterizar um excesso, contradiz o que defende o instituto colatício, pois, como não há o direito àquele bem por parte do cônjuge sobrevivente, a doação deve ser entendida como proveniente da parte disponível e, nesse caso, não há que se falar em igualdade de quinhões.

#### 6.4. PAGAMENTO DE DÍVIDAS

Embora resguardado constitucionalmente, o direito à herança nem sempre será soberano, pois primeiramente é preciso arcar com as dívidas e despesas do falecido para só então dividir aquilo que sobra pelos seus herdeiros. A regra existe e precisa

ser aplicada porque não seria certo, tampouco justo, que herdeiros do *de cuius* fossem beneficiados por um patrimônio gravado de dívidas cujos credores não receberiam os créditos devidos.

Assim, a legítima é calculada obtendo o valor total do patrimônio do *de cuius*, abatidas as dívidas do falecido e despesas do funeral e acrescentando-se os bens sujeito à colação, aqueles que foram doados à título de antecipação de herança.

Com o intuito de não permitir que os herdeiros adquirissem as dívidas deixadas pelo *de cuius*, sendo elas superiores ao montante do espólio, foi introduzido no direito brasileiro o instituto do benefício do inventário, que permite que os herdeiros, ao responderem pelos encargos da herança, não vejam comprometidos seus bens particulares e não fiquem onerados para além das forças da herança<sup>58</sup>.

Quanto ao direito dos credores do espólio, estes poderão, desde a abertura da sucessão, requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis. Tal procedimento encontra-se previsto no código civil e também regulado pelo código de processo civil e determina que no caso da habilitação de crédito, havendo ou não concordância dos credores, o juiz deverá mandar reservar em poder do inventariante, bens suficientes do espólio para pagar o credor<sup>59</sup>.

Quando do recebimento de requerimento da reserva dos bens, o juiz determinará a separação de dinheiro, se houver, ou de bens de outra natureza para a solução da dívida, estes, de preferência móveis e semoventes, ou mesmo imóveis, não havendo outros ou forem insuficientes aqueles<sup>60</sup>.

Os legatários, por serem sucessores singulares, que recebem coisa certa e determinada, estão em posição privilegiada em relação aos demais, pois cabe, primeiramente, aos herdeiros solver as dívidas e, somente se o monte não comportar, sofrem os

---

<sup>58</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 359.

<sup>59</sup> TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.* p. 470.

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* P. 361.



legatários a diminuição ou perda dos legados<sup>61</sup>.

Além do pagamento das dívidas pelo espólio, quando contraídas pelos herdeiros através da sucessão, devendo ser pagas até as forças da herança, o cônjuge também as contrairá através do seu direito de meação, de modo que quando receber a parte dos bens que lhe cabem em razão do casamento, estes virão gravados das dívidas que incidem sobre os mesmos<sup>62</sup>.

Conforme exposto acima, observa-se que para o pagamento das dívidas e despesas do *de cuius*, o legislador preferiu dinheiro ou bens móveis, que são de mais fácil alienação, para o pagamento das obrigações contraídas, isso para que o direito dos credores seja satisfeito da forma mais rápida e efetiva. Em razão dessa regra também, os herdeiros legatários possuem até certo privilégio em relação aos necessários, uma vez que os primeiros são herdeiros de coisa certa e determinada, o que torna mais difícil sua divisão e alienação. Mais um agravante a esta questão é o fato de que não há nenhuma regra que determine de que parcela da herança deve ser retirada a quantia para arcar com os encargos, muito pelo contrário, apenas prefere a herança em relação aos legados, que serão revistos apenas em último caso.

Assim, na hipótese de o autor da herança ter filhos e deixar bens imóveis, que adquirira durante o seu casamento, conjuntamente com o seu cônjuge, e umas aplicações no banco que pertenciam somente a ele, ou seja, configuram bens particulares, se ele tiver contraído dívidas em vida ou proveniente de despesas de seu funeral, tais valores serão subtraídos de suas aplicações, pois essa é a forma mais fácil de quitação, não havendo necessidade de venda de um bem para convertê-lo em dinheiro e então realizar o pagamento. Mas, nesse caso, ocorre uma desproporcionalidade, pois as aplicações são exatamente a parcela do patrimônio do *de cuius* que o viúvo iria concorrer, e, uma vez que elas se extingam para pagamento de dívidas, o cônjuge nada

---

<sup>61</sup> Idem, p. 360.

<sup>62</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* p. 574.

herda, em razão do restante do patrimônio a ser dividido ser constituído apenas de bens comuns ao casal, que serão destinados somente aos seus descendentes.

Conclui-se, portanto, que por não haver regra preestabelecida determinando sobre qual parcela do patrimônio os encargos incidirão preferencialmente, isto é feito de forma indiscriminada, de modo que o cônjuge supérstite, que somente concorre à sucessão dos bens particulares do espólio, pode vir a ser profundamente onerado caso justamente estes bens sejam escolhidos para satisfação dos créditos.

## 7. SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO DIREITO PORTUGUÊS

O direito sucessório português em muito se assemelha ao brasileiro; na verdade, este último fora fortemente influenciado por aquele. Assim como no código civil brasileiro de 1916, em Portugal, até a reforma introduzida pelo Decreto-Lei 496/77, o cônjuge ocupava posição bastante desfavorecida em matéria sucessória, pois ocupava somente o quarto lugar na linha de sucessão, depois dos descendentes, ascendentes e colaterais e, a presença dos descendentes ou ascendentes já suprimia por completo seu direito à herança<sup>63</sup>.

Com as mudanças introduzidas pelo código lusitano, mudanças essas incorporadas pelo código civil brasileiro de 2002, o cônjuge passou a ocupar as três primeiras classes de herdeiros legítimos. Nas duas primeiras, concorrendo com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, e, na terceira, não havendo nenhum membro das outras duas classes, herdando sozinho toda a parte indisponível do patrimônio<sup>64</sup>.

O cônjuge sobrevivente passa, portanto, a ter seu direito à

---

<sup>63</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 128.

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 128.

herança garantido, independente da existência de outros herdeiros do *de cuius*, pois, com o advento do decreto 496/77, fora elencado à categoria de herdeiro legitimário<sup>65</sup>.

Uma peculiaridade do direito sucessório português é a figura da sucessão legítima, determinada pela relevância social da família e pela função que o patrimônio do *de cuius* assegura, que, diferentemente do que se observa no direito brasileiro, pode ser facilmente frustrada, bastando que o autor da herança atribua outro destino a seus bens, dispondo deles, inclusive, através de testamento. Frente a essa realidade, fora então criada no direito lusitano a sucessão legítima, mas esta, em favor da família nuclear, composta por cônjuge, ascendentes e descendentes; com a função de assegurar parcela do patrimônio que não pode ser disposta pelo autor da herança<sup>66</sup>.

Assim, existindo herdeiro necessário, faz-se imprescindível a garantia da quota indisponível da herança, que corresponde a dois terços do monte quando há concorrência entre cônjuge e descendentes ou cônjuge e ascendentes, e, à metade do patrimônio deixado pelo *de cuius* nos casos em que o cônjuge sobrevivente é o único herdeiro legitimário<sup>67</sup>. Além de deter, em qualquer dos casos, o direito real de habitação da casa de morada da família e o direito de uso do respectivo recheio<sup>68</sup>.

Dentre as particularidades existentes em cada código, uma diferença contundente que pode ser observada entre o direito sucessório brasileiro e o português é que, em Portugal, a concorrência do cônjuge supérstite com os demais parentes do falecido não ocorrerá em função do regime de bens escolhido ao contrair o matrimônio, assim, em muitos casos, a ele cumulam-se as posições de meeiro e herdeiro<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> No direito português o herdeiro necessário é conhecido como legitimário.

<sup>66</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Op. Cit.* p. 28.

<sup>67</sup> PITÃO, José António de França. *Op. Cit.* p. 34-35.

<sup>68</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Op. Cit.* p. 200.

<sup>69</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos.

Nos casos em que o cônjuge concorre à herança com os descendentes do *de cujus*, a partilha acontecerá por cabeça e, a ele, será garantida a quota mínima de um quarto da legítima, independente do regime de bens escolhido no casamento<sup>70</sup>, e, independente também, da origem da filiação desses descendentes, se filhos comuns do casal, ou se descendentes somente do *de cujus*<sup>71</sup>.

O direito português garante a proteção ao cônjuge independente do regime de bens escolhido em vida pelo casal, por acreditar que mesmo tendo escolhido o de separação de bens, o fato de terem se mantido casados até o falecimento de uma das partes, traduz indícios do desejo de mútuo amparo e proteção<sup>72</sup>. Assim, a participação do viúvo na sucessão do cônjuge falecido, seria uma espécie de prêmio conferido àquele que dividiu sua vida com ele.

Já na concorrência com os ascendentes, ao cônjuge serão destinadas duas terças partes da quota indisponível, e os ascendentes terão que dividir uma terça parte entre eles, em razão do princípio da beneficiação do cônjuge sobrevivente, estabelecido pelo legislador<sup>73</sup>. E, caso um dos ascendentes não aceite a parte que lhe cabe da herança, esta quota por ele renunciada irá crescer aos outros ascendentes, mas não tocará a pessoa do cônjuge, pois ele não tem o direito de crescer quando concorre com os membros desta classe, a não ser, é claro, que todos eles renunciem, de modo que não há outra saída senão para o cônjuge receber sozinho a totalidade dos bens. Percebe-se, assim, que tanto a concorrência com ascendentes quanto com descendentes ocorrem de forma distinta daquela observada no Brasil.

---

*Op. Cit.* p 31.

<sup>70</sup> PITÃO, José António de França. *Op. Cit.* p. 36-37.

<sup>71</sup> FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Op. Cit.* p. 354.

<sup>72</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Op. Cit.* p. 92.

<sup>73</sup> PITÃO, José António de França. *Op. Cit.* p. 40.

Quanto aos demais herdeiros legítimos, o direito de herdar deles somente se concretizará quando o autor da sucessão não tiver disposto no todo ou em parte dos bens que poderia dispor livremente<sup>74</sup>. Assim, embora regidas pelas mesmas regras, as sucessões legítima e legitimária diferem no sentido de que para a primeira, tais comandos apresentam natureza dispositiva, enquanto que na segunda, as normas são injuntivas<sup>75</sup>. Tanto é assim, que o autor da sucessão pode determinar, por meio de testamento, a forma como deve ocorrer a sucessão legítima, ou seja, transformá-la em sucessão voluntária, mas não pode dispor sobre a legitimária e, mesmo que o faça, tais disposições não terão nenhuma validade, pois esta é resguardada por lei e somente a lei pode alterá-la.

Outro instituto do direito sucessório que pode ter sua presença observada em ambos os países é o da colação. Este, assim como no Brasil, é fundamentado pelo princípio da igualdade dos quinhões, sob a presunção de que não seria a vontade do *de cujus* beneficiar um sucessível além dos demais, de modo que devem colacionar todos aqueles que, no momento da doação, fossem já presuntivos herdeiros legitimários do doador<sup>76</sup>.

Porém, diferente do que ocorre no direito sucessório brasileiro, de acordo com a lei portuguesa, estão sujeitos à colação apenas os descendentes do autor da sucessão que eram ao tempo da doação presuntivos herdeiros legitimários do doador, tal obrigação não se impõe aos seus ascendentes, em razão da pequena probabilidade destes serem chamados à sucessão, nem tampouco ao cônjuge, embora também seja herdeiro legitimário e concorra à sucessão juntamente com os descendentes. Em razão do silêncio da lei, portanto, em relação à necessidade de colacionar por parte do cônjuge, observa-se na doutrina portuguesa opiniões di-

---

<sup>74</sup> PITÃO, José António de França. *Op. Cit.* p. 47.

<sup>75</sup> FERNANDES, Luís de A. Carvalho. *Op. Cit.* p. 380.

<sup>76</sup> PITÃO, José António de França. *Op. Cit.* p. 61.

vergentes sobre esse aspecto, em que uns defendem sua dispensa, outros, sua obrigação<sup>77</sup>.

Um dos posicionamentos adotados pela doutrina se assenta no sentido de que o cônjuge não está sujeito à colação, mas à imputação. Assim, se o autor da herança quiser beneficiá-lo com bem proveniente de sua quota disponível, deverá determinar de forma expressa a dispensa de imputação na legítima. Não o fazendo, o viúvo tem a obrigação de conferência do bem recebido, de modo que a liberalidade feita a ele em vida deve ser imputada, em primeiro lugar à sua legítima e, só depois e subsidiariamente, à quota disponível do patrimônio, não havendo necessidade de igualar aos quinhões dos descendentes concorrentes<sup>78</sup>. Ou seja, apesar de não impor ao cônjuge supérstite a obrigação de colacionar, seria a ele imposto o dever de conferir o valor do bem recebido, pois, havendo qualquer excesso em relação à liberalidade, este será reputado como proveniente da parcela disponível dos bens e esta, por sua vez, não pode ser ultrapassada. Dessa forma, busca-se garantir certa igualdade na concorrência sucessória entre ele e os descendentes, de modo que estes últimos não venham a ter suas legítimas prejudicadas em detrimento daquele.

Por outro lado, baseado na regra de que aqueles que, no momento da doação, são presuntivos herdeiros legítimos do doador estão obrigados à conferência, também ao cônjuge sobrevivente incide a obrigação de colacionar, pois suprimiria o ideal de justiça e igualdade dos quinhões se aos descendentes fosse imposto este dever e ao viúvo, herdeiro concorrente daqueles, não, já que ele é presuntivo herdeiro legítimo do *de cuius* desde a data da celebração do casamento<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Op. Cit.* p. 223.

<sup>78</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Op. Cit.* p. 214.

<sup>79</sup> PITÃO, José António de França. *Op. Cit.* p. 63.

Por fim, fala-se ainda que as doações feitas a cônjuge poderão ser ou não sujeitas à colação, a depender do regime de bens adotado pelo casal, de modo que se o regime adotado for o da comunhão universal, conferem-se os bens doados, mas, se for o da comunhão parcial ou da separação, não se colacionam<sup>80</sup>.

Embora controversa a questão da colação no direito lusitano, percebe-se que o legislador português optou por proteger o cônjuge sobrevivente, garantindo-lhe seus direitos de meeiro e herdeiro, sem confundi-los, outorgando a ele a integralidade do patrimônio que lhe é devido<sup>81</sup>.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, feita a análise das questões acima expostas, observa-se que hoje, no Direito Civil brasileiro, apesar do CC/2002 ter introduzido algumas mudanças com relação ao cônjuge, conferindo-lhe um aparente avanço em matéria de direito sucessório em comparação com os códigos anteriores, com o olhar atento a tais disposições, percebe-se que estas ainda são muito tímidas, e pouco significativas se não vierem acompanhadas de medidas que de fato garantam a sua execução e, portanto, solidifiquem a posição do cônjuge no direito das sucessões brasileiro.

É certo que a passagem do cônjuge para o status de herdeiro necessário alterou sua situação quanto ao código anterior, principalmente na hipótese de não haver descendentes e ascendentes, em que agora ele herdará, obrigatoriamente, todo o monte. Na vigência do CC/1916, bastava que o autor da herança dispusesse de todos os seus bens, ou ainda que se manifestasse afastando-o da sucessão sem necessidade de qualquer justificção, para que o viúvo não recebesse nada. Hoje, embora não

---

<sup>80</sup> PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p. 375.

<sup>81</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Op. Cit.* p. 101.

mais exista essa possibilidade de exclusão expressa, ainda existem inúmeras maneiras que podem levar à sua exclusão de forma disfarçada, como, por exemplo, a disposição de todo o seu patrimônio particular através de legados, ou em forma de doações realizadas por ele em vida. São, pois, estratégias disfarçadas de disposição dos bens que põem fim aos bens particulares do autor da herança, impedindo o viúvo de concorrer ao monte.

Percebe-se, então, que o direito sucessório do cônjuge supérstite ainda é muito controvertido, principalmente quando da existência de descendentes do falecido para concorrer à herança juntamente com a aplicação dos institutos de direito civil pertinentes à matéria.

A problemática tem início com a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça para dirimir todas as dúvidas atinentes ao Art. 1.829, inciso 1º, do código civil, que trata da vocação hereditária dos herdeiros legítimos e no inciso em destaque, discorre sobre a concorrência entre o cônjuge e os descendentes. Isso porque a interpretação consolidada não atendeu plenamente às expectativas de melhora da condição do cônjuge supérstite, nem tampouco levou em consideração a vontade das partes, estabelecida pela escolha do regime de bens. Há uma contradição, inclusive, na forma como a concorrência do cônjuge com os descendentes foi estabelecida, uma vez que se optou pela incidência desta sobre os bens exclusivos do *de cujus*, violando, portanto, a vontade das partes, que acordaram a forma de divisão de patrimônio quando do seu casamento. Seria muito mais justo e lógico, pois, que o cônjuge sobrevivente concorresse sobre aquela parcela de bens que ele mesmo ajudou a construir, ou seja, sobre a parte dos bens comuns deixada pelo falecido.

Observa-se, portanto, que, malgrado o brilhantismo com o qual atuou o legislador brasileiro ao elencar o consorte à posição de herdeiro necessário e concorrente, admitindo a vocação concomitante de herdeiros com diferentes vínculos hereditários,



seguiu caminho tortuoso ao tentar inovar, inaugurando a peculiar associação da sucessão do viúvo ao regime de bens eleito para o casamento com o *de cuius*, de modo que a sua tentativa de equilibrar patrimonialmente as situações entre o consorte sobrevivente e aqueles com quem concorre, após a morte de um dos cônjuges, restou frustrada<sup>82</sup>.

Além das controvérsias observadas pelo entendimento do STJ, percebe-se que não obstante o direito sucessório seja composto de instrumentos efetivos e importantes para garantir não só o direito à herança, mas a igualdade na partilha, esses instrumentos, quando aplicados nos casos de concorrência do cônjuge com os descendentes sobre os bens particulares do *de cuius*, mostram-se insuficientes e por vezes até desproporcionais, de modo ao invés de garantir a justiça e equidade na sucessão, podem não surtir nenhum efeito, ou até mesmo, tolher o direito do viúvo.

Esta incoerência evidencia o resultado da confusão legislativa ao mesclar as posições jurídicas de meeiro e herdeiro, numa atividade compensatória ou supletiva de modo que nesse contexto faz-se necessário laborar com a norma apresentada, buscando extrair os efeitos menos prejudiciais ao seu destinatário<sup>83</sup>.

A reserva da legítima é um deles. Vista como instrumento imprescindível para concretização do direito à herança, estabelecido dentre as garantias fundamentais da Constituição Federal, uma vez associada ao direito de concorrência do cônjuge somente sobre os bens particulares, não se mostra efetiva, pois, conforme acima elucidado, a legítima pode estar conforme a lei determina, ou seja, metade do patrimônio do *de cuius* estar disponível à sucessão de seus herdeiros necessários, mas não garante o direito à concorrência do cônjuge, já que este dependerá

---

<sup>82</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Op. Cit.* p. 76.

<sup>83</sup> *Idem.*

da natureza dos bens que irão compô-la.

Assim, a reserva da legítima nos termos que é regida atualmente, é insuficiente para proteger o consorte e garantir seu direito à herança, em virtude principalmente do entendimento sedimentado pelo STJ, pois, se o cônjuge concorresse sobre todos os bens deixados não haveria nenhum problema quanto à constituição do monte, mas como a concorrência incide somente sobre os bens exclusivos do autor da herança, é preciso que seja estabelecida regra determinando a composição de parte da legítima por bens desta natureza, do contrário, não atenderá ao seu objetivo, que é, justamente, a garantia aos herdeiros necessários de quinhão sucessório.

Desse modo, ainda que não haja regra determinando a forma de composição da legítima, é preciso, pelo menos que sejam limitadas as liberalidades do testador, que não pode simplesmente fazer doações indiscriminadamente, mas precisa respeitar o direito de seus herdeiros, dentre eles, o cônjuge e, para que este possa ter seu direito respeitado, é preciso que no monte sucessório existam bens particulares sobre os quais irá concorrer.

O fundamento da reserva da legítima como limite à liberdade de testar também se mostra insuficiente para garantir o direito à sucessão do consorte, em razão das peculiaridades que esta possui. Assim, devem ser criadas novas regras que busquem atender a esse direito, pois, da mesma forma que quando o testador dispõe além de sua quota disponível, sofre redução de suas liberalidades, deve também haver a redução de tais atos quando ele dispor de todos os seus bens particulares e prejudicar o direito do cônjuge sobrevivente, pois, na prática, a situação é a mesma, a diferença é que no primeiro caso, ao adentrar na legítima, ele estará prejudicando o direito de todos os seus herdeiros e, na segunda situação, quando aliena todos os seus bens particulares, deixando apenas bens comuns a serem divididos, está mitigando única e exclusivamente o direito do viúvo.

Buscando garantir, portanto, o direito constitucional à

herança que o cônjuge também possui, por ser herdeiro necessário, é preciso que haja uma limitação às liberalidades do autor da herança, que não pode testar com lesão ao direito daquele. Assim, deve ser proibida a alienação de bens que possam vir a tocar o cônjuge, pois, como se sabe, ao realizar doações em vida, a depender do regime de bens, o cônjuge precisa da outorga do outro, mas tal necessidade não existe quando a doação acontece pela via testamentária.

Assim, da mesma forma que se limita a sucessão testamentária pela legítima, faz-se necessário que esta seja também limitada pelo direito do consorte à legítima, seja impondo restrições às doações extravagantes de bens particulares, seja garantindo quota mínima para sucessão do viúvo. O que não pode, é o testador beneficiar alheios enquanto o cônjuge, herdeiro necessário, resta prejudicado. É incoerente e desproporcional.

Por outro lado, não bastasse sofrer redução de seu quinhão em razão de liberalidades testamentárias do *de cuius*, e herdar somente sobre o patrimônio particular do falecido, ao cônjuge também foi imposta a obrigação de colacionar os bens a ele doados em vida pelo autor da herança.

Essa obrigação é não só exorbitante, pois não está prevista expressamente no código civil, mas também incongruente, pelo fato de o consorte ter que colacionar quando herda em concorrência com os descendentes, situação em que se presume que seu quinhão será inferior ao dos demais, que além de participarem da divisão dos bens particulares, herdarão também os bens comuns deixados pelo *de cuius*, os quais não tocam a pessoa do viúvo.

Quanto à natureza dos bens que devem ser colacionados, o legislador não deixou claro, provavelmente por não estar prevista expressamente a obrigação do viúvo à conferência, o que torna, inclusive, tal obrigação exorbitante. Desse modo, estaria obrigado o cônjuge a colacionar todo e qualquer bem a ele doado pelo autor da herança em vida? Este dever deve, ao menos, ser

restrito àquela parcela de bens sobre os quais o cônjuge tem direito à concorrência. Pois, ao receber bens da meação do falecido, aos quais ele jamais iria concorrer, deve ser presumida como vontade do *de cuius* que tais bens saíssem de sua parte disponível, assim como se presume quando ele doa bens a cônjuge que não tem direito à sucessão em razão do regime de bens adotado em matrimônio.

O mais lógico seria, como alguns doutrinadores portugueses defendem, a exigência de colação por parte do cônjuge somente à título de conferência, para garantir que a doação feita a ele não ultrapasse os limites da quota disponível, atingindo as legítimas dos demais herdeiros, de modo que, somente nesse caso é que o viúvo teria dever de integralizar o valor que exorbitou tal parcela, ou ter sua liberalidade reduzida, pois estaria comprometendo o direito à herança dos demais.

Por fim, há ainda que se falar na possibilidade de o cônjuge ter a parcela dos bens particulares engolida pelas dívidas e despesas do falecido, pois tais obrigações incidem sobre os bens do espólio de forma indiscriminada, podendo afetar justamente a parcela de concorrência do cônjuge, uma vez que essa obrigação muito dificilmente recairá sobre os legados, que são os últimos a serem perseguidos para esses pagamentos por serem constituídos de coisa certa, a pessoa determinada, incidindo primeiramente sobre os bens que ainda não foram divididos, ou então reduzindo os quinhões dos herdeiros. Logo, seria preciso disposição garantindo a quota-parte do cônjuge, que já é bastante reduzida e merece uma especial atenção também nesse aspecto.

Conforme pode se desprender do que foi trazido no texto, os entraves decorrentes do preestabelecimento de condição adicional para a participação hereditária do viúvo consubstanciam resultados corriqueiramente indesejáveis, por vezes anulando a sua quota patrimonial, em virtude da inexistência de patrimônio comum e exclusão da incidência sobre bens particulares. Assim, convence-se cada vez mais pela adequação técnica legislativa do

código civil português, ao simplificar os termos em que prescreve a concorrência sucessória entre o viúvo e os descendentes, condicionando-o somente à prova de sua identidade sucessória, ou seja, o elo com o autor da herança, em razão da falibilidade notória do modelo de sucessão do cônjuge brasileiro<sup>84</sup>.

Foi, portanto, tentando se livrar das críticas que sofrera o legislador português ao estabelecer a concorrência do cônjuge sobrevivente e os descendentes sobre a totalidade do patrimônio deixado pelo *de cujus*, que o legislador brasileiro resolveu inovar, e acabou por elaborar redação atrapalhada que deu margem a diversas formas de interpretação, sobre a qual incidem inúmeras críticas.

Compreendendo como benefício exacerbado o recebimento pelo cônjuge da meação e da quota hereditária e acreditando na satisfatória composição patrimonial do cônjuge pelo presuntivo recebimento da meação, como decorre do regime de comunhão parcial de bens, o legislador brasileiro acabou por ampliar a aplicação para o aspecto abstrato da norma, determinando a exclusão do consorte sobrevivente da sucessão do seu par, por considerar desnecessário o amparo conferido pela concorrência ao acervo amealhado exclusivo. Nesse sentido, percebe-se, uma confusão, por parte do legislador brasileiro, das posições de meeiro e herdeiro<sup>85</sup>, o que não faz o menor sentido, pois se tratam de dois direitos totalmente distintos, um advindo do da relação de matrimônio, outro, proveniente da relação sucessória.

Somado a essa problemática, tem-se o entendimento do STJ sobre a matéria, de incidência da concorrência do cônjuge com os descendentes somente sobre os bens particulares do *de cujus*, que termina resultando no desrespeito à igualdade de quotas, inatingível neste modelo, bem como a impossibilidade de

---

<sup>84</sup> LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Op. Cit.* P. 76.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 96-97.

assegurar a reserva mínima da quarta-parte do cônjuge, pois ambos se referem à totalidade da herança, e não apenas ao acervo exclusivo do falecido, como ousaria em ser atribuído nesta orientação<sup>86</sup>.

A sucessão hereditária, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui uma garantia fundamental dos cidadãos, conforme opção levada a cabo pelo legislador constituinte brasileiro, no inciso XXX, do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. Sua abolição não pode ser objeto de emenda constitucional, consoante o disposto no Art. 60 §4º, inciso IV da Carta Magna, cumprindo à legislação ordinária disciplinar o fenômeno sucessório de acordo com os valores constitucionais<sup>87</sup>. E, entre tais valores estão, sem dúvida, a propriedade privada e a proteção da família<sup>88</sup>.

Acontece, todavia, que a CF garante o direito à herança, mas não a reserva da legítima, de modo que esta é criação do nosso direito civil, que estabeleceu que determinada quota do patrimônio do autor da herança deveria ser resguardada aos seus herdeiros necessários e, ato contínuo, elencou-os num rol, em seu Art. 1.829. Assim, embora não esteja previsto constitucionalmente o direito à legítima, o código civil o prevê e, uma vez que o faz, este deve ser respeitado. Nesse sentido, não cabe proteger a sucessão dos descendentes e não fazê-lo com relação à do cônjuge, que tem seu direito garantido pelas mesmas vias daqueles e não pode ser prejudicado em razão de interpretações restritivas de direito.

Como pôde ser observado, todas as controversas versam sempre sobre a forma da concorrência do cônjuge com os descendentes, que, na maioria das vezes, terá seu direito comprometido em razão da parcela do patrimônio que abarca. Tal posição precisa ser revista urgentemente ou normas que resguarдем

---

<sup>86</sup> *Idem*, p. 97-98.

<sup>87</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *Op. Cit.* p. 33.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 53.

o direito do consorte precisam ser criadas, do contrário, se continuará vivenciando cada vez mais abusos e violações à disposição constitucional.

É mister, portanto, que o código civil estabeleça novas regras, estas por sua vez mais específicas, e preocupadas com a situação do cônjuge supérstite, como por exemplo, uma que, assim como aquela que determina a reserva da legítima, determine também a reserva de parte dos bens particulares para compô-la, criando, portanto, uma limitação ao ato de liberalidade do autor da herança, para que, quando da existência de bens particulares e, de cônjuge que possua o direito de herdar, seu direito possa ser garantido.

Além de regra que limite seu poder de disposição, são também necessárias normas que assegurem uma quota-parte mínima da herança ao viúvo, pois conforme visto, apesar de a legítima estar protegida e o cônjuge ostentar a qualidade de herdeiro necessário, ele nem sempre irá participar da concorrência e, por vezes, quando o fizer, receberá quantia bastante reduzida em comparação com os descendentes do de *cujus*.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Ponto-e-vírgula*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4177>>.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Vo-*

- lume 6: Direito das Sucessões*. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 2ª Ed. Lisboa: Quid Juris?, 2004.
- FERREIRA, Pinto. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões – inventário e Partilha*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LEAL, Adisson; CORTE-REAL, Carlos Pamplona; SANTOS, Victor Macedo dos. *Teorias controvertidas do direito das sucessões – o cônjuge e o companheiro*. 1ª Ed. Lisboa: aafdl, 2015.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado dos Testamentos – volume I*. 1ª Ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado dos Testamentos – volume III*. 1ª Ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado dos Testamentos – volume VI*. 1ª Ed. São Paulo: BH Editora e Distribuidora, 2005.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume VI: Direito das Sucessões*. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – volume 6: Direito das Sucessões*. 5ª Ed. São Paulo: Método.