



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LETÍCIA RODRIGUES MUSTAFÁ

11/0127927

**A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE E OS
DESCENDENTES**

Brasília

Julho, 2016

LETÍCIA RODRIGUES MUSTAFÁ

11/0127927

**A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE E OS
DESCENDENTES**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: João Costa Neto

Brasília

Julho, 2016

LETÍCIA RODRIGUES MUSTAFÁ

**A CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE SUPÉRSTITE E OS
DESCENDENTES**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília à banca
examinadora composta por:

Professor Doutor João Costa Neto

Orientador

Professor Mestre Thiago Luís Sombra

Membro da banca examinadora

Professora Doutora Ana Frazão

Membro da banca examinadora

Brasília, 04 de julho de 2016.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Erasmo Rodrigues da Silva e Salma Mahmud Mustafá, por todo o exemplo, dedicação e apoio. E à minha irmã, Carolina Rodrigues Mustafá, sempre presente em minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por sempre estar presente em minha caminhada, cobrindo-me de proteção e bênçãos.

Aos meus pais, Erasmo Rodrigues da Silva e Salma Mahmud Mustafá, por todo o exemplo, dedicação e apoio.

À minha irmã, Carolina Rodrigues Mustafá, por todo apoio e carinho.

Ao corpo docente desta Universidade por todo o aprendizado, em especial, ao Professor João Costa Neto, meu orientador e inspirador no interesse pela matéria tema da monografia em questão e aos professores Thiago Sombra e Ana Frazão, membros da banca examinadora.

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise sobre um ponto de grande debate na doutrina e jurisprudência brasileira: a concorrência sucessória entre o cônjuge supérstite e os descendentes do autor da herança. Toda a discussão em torno desse tema é decorrente da má redação do artigo 1.829, inciso I do Código Civil, o qual foi extremamente casuístico, condicionando a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes com o regime de bens escolhido no casamento. O problema é que, apesar de casuístico, não consegue abarcar todas as situações fáticas existentes e as situações abarcadas tem péssima redação tornando difícil a compreensão. A resolução do problema é possível apenas pela via legislativa, sendo a jurisprudência capaz apenas de amenizar o problema.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência sucessória; Regime de bens; Sucessão do cônjuge.

ABSTRACT

The work makes a study about a very important point of discussion in Brazilian doctrine and jurisprudence: succession competition between survivor spouse and descendants of the deceased. All the problem about this theme is consequence of the wrong wording of the art. 1.829, I, from Civil Act, that was extremely casuistic, conditioning the succession competition between survivor spouse and descendants to the property regime chosen in marriage. The problem is that, in spite of casuistic, the law can't comprise all the fact situations, and the examples described are difficult to comprehend because of the wrong wording. The resolution to the problem can only exist with a legislation change, being the jurisprudence only capable of soften the problem.

KEYWORDS: Succession competition; Property regime; Succession of spouse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A POSIÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE	10
1.1. Evolução histórica da posição do cônjuge supérstite no Direito Brasileiro.....	10
1.2. A posição do cônjuge supérstite no Direito Comparado	13
2. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES .	16
2.1. Regime da comunhão universal de bens	18
2.2. Regime da separação de bens	20
2.3. Regime da comunhão parcial de bens.....	23
2.4. Regime da participação final nos aquestos	29
2.5. Regime de bens atípico/misto	31
3. QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA JURISPRUDÊNCIA.....	32
3.1. Regime da separação de bens	32
3.2. Regime da comunhão parcial de bens.....	43
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes, conseqüentemente, consiste na análise do dispositivo legal que trata da matéria, qual seja o inciso primeiro do art. 1.829 do Código Civil de 2002. O citado artigo, no entanto, possui péssima redação, fazendo surgir vários debates doutrinários e divergências jurisprudenciais acerca da melhor interpretação a ser aplicada ao dispositivo. Constituindo, assim, o objetivo do trabalho, isto é, a análise da melhor interpretação a ser aplicada aos casos concretos e a busca de uma solução ao problema que a má redação do dispositivo legal causou.

De início, faz-se necessário mostrar a evolução histórica ocorrida no Direito Brasileiro no que concerne à posição do cônjuge supérstite e como o direito sucessório trata o cônjuge no direito comparado. Assim, é possível demonstrar a tendência, não só brasileira, mas mundial de proteção ao cônjuge. No Brasil, o cônjuge possuía um quase inexistente direito sucessório, na época das Ordenações Filipinas, figurando na quarta classe da ordem sucessória, após os colaterais até o 10º grau, e, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, passou a figurar nas duas primeiras classes, em concorrência com os descendentes e ascendentes, sucessivamente, e na terceira classe, isoladamente. Isso mostra que a comunhão de vida entre os cônjuges foi privilegiada, dando-lhes direito à herança e/ou meação de modo que não fiquem desamparados economicamente. Esse é o verdadeiro espírito da lei.

Assim, o presente trabalho analisa como ocorre a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes em cada regime de bens tendo em vista que o dispositivo legal que trata da matéria condicionou o direito sucessório do cônjuge ao regime de bens escolhido no casamento. Importante ressaltar que a melhor interpretação da lei é a resultante do que melhor representa o espírito da lei, que envolve a proteção ao cônjuge e, conseqüentemente, seu amparo econômico.

Desse modo, a busca pela melhor interpretação do dispositivo legal foi feita a partir de uma análise da doutrina e jurisprudência, a qual por anos reforçou o caos interpretativo que a péssima redação da norma gerou através de seus julgados totalmente divergentes, tanto em âmbito estadual quanto em âmbito nacional. Por fim, propõe-se, ao final, a solução mais adequada para a correção do problema.

1. A POSIÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE

1.1. Evolução histórica da posição do cônjuge supérstite no Direito Brasileiro

Nos primórdios da civilização brasileira, vigeu no país o direito português – bem verdade, que tal direito não ficou em vigor apenas nos primórdios da civilização, mas, sim, durante vários anos, até ser definitivamente revogado pelo Código Civil de 1916. As Ordenações Afonsinas, depois substituídas pelas Ordenações Manoelinas traziam de forma muito tímida prescrições sobre o direito sucessório e logo foram substituídas pelas Ordenações Filipinas, as quais possuíam um conteúdo melhor e mais sistemático e tiveram maior vigência no Brasil que no país em que surgiram, no qual foram revogadas pelo Código Civil de 1867.

Desse modo, de acordo com as Ordenações Filipinas, a ordem de vocação hereditária, no Brasil, era a seguinte: em primeiro lugar, os descendentes; em segundo, os ascendentes; em terceiro, os colaterais até o décimo grau; em quarto, o cônjuge; e em quinto, o Fisco¹. É possível perceber a posição desprivilegiada do cônjuge supérstite que possuía um direito sucessório meramente formal, tendo em vista sua posição na ordem de vocação hereditária ser após os colaterais até o décimo grau. Nesse sentido, Clóvis Beviláqua diz que “não se distingue mais o parente do conterrâneo”², claramente criticando o fato dos colaterais serem privilegiados até o décimo grau de parentesco, no qual não há mais afinidade ou unidade familiar.

Com a edição do Decreto nº 1.839, conhecido como Lei Feliciano Pena, em 1907, a ordem de vocação hereditária foi alterada, colocando o cônjuge na terceira classe, após os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Assim, o cônjuge assumiu notoriamente uma posição bem melhor que a anterior, antecedendo os colaterais, os quais foram limitados até o sexto grau de parentesco. Por fim, essa ordem de vocação ainda abrangia, na quinta classe, os

¹ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 35-36.

² BEVILÁQUA, Clóvis. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões**. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. VI, p. 126.

Estados e o Distrito Federal, se o autor da herança fosse domiciliado nas respectivas circunscrições ou a União, no caso do domicílio não ser incorporado às anteriores.³

O Código Civil de 1916 compartilhou da inovação trazida pela Lei Feliciano Pena, mantendo o cônjuge na terceira classe, sendo que a ordem sucessória, descrita no artigo 1.603 do referido diploma, perfazia-se da seguinte maneira: em primeiro lugar, os descendentes; em segundo, os ascendentes; em terceiro, o cônjuge; em quarto, os colaterais até o sexto grau; e, em quinto, os Municípios, o Distrito Federal, e a União.⁴ Além disso, nota-se também que o regime sucessório não se relacionava com o regime de bens, o cônjuge sempre herdava, não interessando o regime de bens escolhido. O mesmo entendimento foi endossado pelo Tribunal de Apelação de Minas Gerais⁵. Nesse mesmo sentido, está o pensamento de Maria Helena Daneluzzi exposto por Inácio Bernardino de Carvalho Neto, em sua tese de doutorado: “Durante a vigência do Código de 1916, repetiu-se à exaustão que o regime de bens não tinha ligação com o direito sucessório”⁶.

Ademais, segundo o art. 1.721, o cônjuge não era herdeiro necessário, fator extremante prejudicial, tendo em vista que, dessa maneira, poderia ser excluído da sucessão. Para isso, bastava que o autor da herança dispusesse de todos os seus bens em favor de terceiros. A esse respeito, houve várias críticas da doutrina, como a de Orlando Gomes, o qual afirmou: “Essa liberdade de testar é injusta. Ao menos quando o regime matrimonial fosse o da separação absoluta deveria ser reservada uma parte da herança, da qual não pudesse o cônjuge dispor”⁷.

Apesar das inovações trazidas pelo Código Civil de 1916, este poderia ter sido mais inovador se mantivesse o projeto de Clóvis Beviláqua, o qual previa que os descendentes estariam em primeiro lugar na ordem sucessória (art. 1771), entretanto, o cônjuge não divorciado (equivalente ao desquite, ou seja, separação judicial) teria direito a uma porção de

³ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 63.

⁴ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 64-65.

⁵ “Sucessão – na falta de descendentes ou ascendentes, o herdeiro é o cônjuge sobrevivente, ainda que pelo regime de separação de bens” (TAMG – Câmara Cível – Apelação nº 9.424 – Relator: Desembargador Leal da Paixão – RF76/519)

⁶ NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 66.

⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.62.

bens igual à de um filho, sempre que o regime patrimonial não lhe desse direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos (art. 1774). Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes e o cônjuge supérstite não divorciado, quando o regime matrimonial não lhe desse direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos (art. 1775), sendo a sua porção igual à de cada um dos ascendentes com quem concorrer.⁸

Não havendo descendentes ou ascendentes, a herança caberia, por inteiro, ao cônjuge supérstite não divorciado. Além disso, coloca o cônjuge supérstite na condição de herdeiro necessário, juntamente com os descendentes e os ascendentes.⁹ Em favor do seu projeto, Clóvis Beviláqua tece as seguintes afirmações:

“Em rigor, o cônjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se pelo regime de casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor à simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro lugar, na ordem de sucessão legítima”¹⁰.

“Deveria ter ido um pouco além o Código e não deixar o cônjuge desamparado, quando a herança deva ser deferida aos ascendentes do premorto, por não haver descendentes. Mas, ainda que incompleta, a justiça do dispositivo é louvável”¹¹.

O Código Civil de 2002 inova em matéria sucessória e, claramente, melhora a situação do cônjuge. Nesse novo diploma o cônjuge passa a figurar na primeira classe em concorrência com os descendentes, na segunda, em concorrência com os ascendentes e na terceira, isoladamente. Como dispõe o art. 1.829 do CC/02:

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 (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

⁸ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 60-61.

⁹ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 61.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1939, v.6, p. 795.

¹¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1939, v.6, p. 805.

Esse sistema de concorrência substitui o usufruto viual, previsto no art. 1.616 do Código Civil de 1916, no qual o cônjuge supérstite, se não fosse casado sob o regime da comunhão universal de bens, tinha direito ao usufruto da quarta parte dos bens do autor da herança, se houvesse filhos deste ou do casal; e à metade, se não houvesse filhos, mas existissem ascendentes do autor da herança. Essa inovação é bem mais vantajosa, tendo em vista que o cônjuge passa a ter direito à propriedade dos bens e não só ao usufruto.

Por fim, é importante ressaltar que, no código atual, o cônjuge é elevado à condição de herdeiro necessário, como os descendentes e os ascendentes. Logo, não pode ser excluído da sucessão, exceto pela declaração de indignidade ou deserção. Essa categoria de herdeiros possui em seu favor a reserva da legítima, a qual corresponde a cinquenta por cento do patrimônio do autor da herança, ou seja, este pode dispor de, no máximo, cinquenta por cento do seu patrimônio.

1.2.A posição do cônjuge supérstite no Direito Comparado

O direito português, expresso no Código Civil de 1966, com a maioria das disposições em matéria sucessória determinada pelo Decreto-Lei nº 496, de 1977, também promove a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes na primeira classe e entre o cônjuge e os ascendentes na segunda classe (art. 2.133), recebendo, o cônjuge, a totalidade da herança na falta de descendentes e ascendentes (art. 2.144). Nota-se que ao contrário do Brasil, não se relacionou a concorrência sucessória ao regime de bens. Ademais, o cônjuge também é herdeiro necessário, possuindo, então, a proteção da legítima.¹²

No direito espanhol, alterações ao Código Civil em 1981 estabeleceram que os filhos do autor da herança e seus descendentes são os primeiros convocados à sucessão (art. 931). Na falta de filhos do autor da herança e seus descendentes herdarão seus ascendentes (art. 935). Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge herdará sozinho (art.943), desde que

¹² Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 154-155.

não esteja separado por sentença judicial, de fato ou por mútuo acordo (art. 945).¹³ Os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e o cônjuge.¹⁴

No direito italiano, expresso no Código Civil de 1942, o cônjuge concorre primeiramente com os filhos legítimos ou naturais, tendo direito à metade da herança no caso de haver apenas um filho ou a um terço nos demais casos (art. 581). Na falta dos filhos, o cônjuge concorre com ascendentes legítimos, irmãos e irmãs do autor da herança, tendo o cônjuge direito a um terço da herança (art. 582). Na falta de filhos legítimos ou naturais, ascendentes, irmãos e irmãs, o cônjuge herdará toda a herança (art. 583). Ademais, são herdeiros necessários o cônjuge, os filhos legítimos, os filhos naturais e os ascendentes legítimos.¹⁵

No direito francês, expresso no Código Civil de 1804, o cônjuge só é chamado à sucessão após os descendentes, ascendentes e colaterais até o décimo segundo grau (art. 731). No entanto, se só houver colaterais que não sejam irmãos e irmãs do autor da herança e nem seus descendentes, o cônjuge herdará metade do patrimônio (art. 766).¹⁶ Além disso, o cônjuge não está no rol de herdeiros necessários.¹⁷

No direito alemão, expresso no Código Civil de 1896, são chamados à sucessão, em primeiro lugar, os descendentes (art. 1.924). Na segunda classe são chamados os pais e seus descendentes (art. 1.925); na terceira, são chamados os avós e seus descendentes (art. 1.926); na quarta, são chamados os bisavós e seus descendentes, por fim são chamados os demais ascendentes e seus descendentes, ilimitadamente (art. 1.929). O cônjuge concorre com todas as classes, recebendo um quarto da herança quando concorre na primeira classe e metade quando concorre nas demais. Caso não haja parentes da primeira classe, nem da segunda e

¹³ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 158-159.

¹⁴ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 160.

¹⁵ Cf. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 168.

¹⁶ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 173-174.

¹⁷ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 175.

nem os avós, o cônjuge recebe a totalidade da herança.¹⁸ O cônjuge, os descendentes e os pais do autor da herança são herdeiros necessários.¹⁹

No direito mexicano, expresso no Código Civil de 1928, o cônjuge herda em concorrência com os descendentes, recebendo uma quota igual à de cada filho (art. 1.608), mas esse direito é condicionado ao fato do cônjuge carecer de bens ou não os possuir na mesma quota que os filhos possuem (art. 1.624); em concorrência com os ascendentes, recebendo metade da herança (art. 1.626); e em concorrência com os irmãos do autor da herança, recebendo dois terços da herança (art. 1.627). Na falta de descendentes, ascendentes e irmãos do de cujus, o cônjuge recebe a totalidade da herança (art. 1.629). O direito mexicano não fala em herdeiros necessários.²⁰

No direito argentino, expresso no novo Código Civil de 2014, o cônjuge herda em concorrência com os descendentes, recebendo uma parte igual à de cada filho, mas apenas em relação aos bens comuns do falecido (art. 2.433). Em concorrência com os ascendentes, o cônjuge herda metade dos bens da herança (art. 2.434). Na falta de descendentes e ascendentes, o cônjuge herda a totalidade da herança (art. 2.435). No entanto, o cônjuge não tem direito à herança, caso o casamento tenha ocorrido com o autor da herança já enfermo e seu falecimento, decorrente dessa enfermidade, ocorrer em trinta dias após o casamento. Os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.²¹

Desse modo, pode-se perceber que o ordenamento jurídico brasileiro coloca o cônjuge em uma posição privilegiada, buscando ampará-lo economicamente tendo em vista o papel fundamental que ocupa na família. É possível notar essa tendência nas codificações mais modernas, sempre colocando o cônjuge como herdeiro necessário. Cumpre registrar também que, segundo Flavio Tartuce²², o sistema da concorrência sucessória do Brasil teve bastante influência do Código Civil italiano de 1942 e do Código Civil português de 1966, no entanto,

¹⁸ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 180-182.

¹⁹ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 184.

²⁰ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 187-188.

²¹ Código Civil e Comercial da Argentina, vigente desde 1º de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>.

²² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 167.

diferencia-se por ser extremamente casuístico ao fazer uma correlação com o regime de bens adotado no casamento.

2. A SUCESSÃO DO CÔNJUGE EM CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES

O artigo 1.829 do Código Civil de 2002 prescreve a ordem sucessória a ser adotada no direito brasileiro. O inciso primeiro desse artigo trata especificamente da sucessão do cônjuge em concorrência com os descendentes. Assim, o art. 1.829, I do CC/02 dispõe que:

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 (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Da leitura desse dispositivo é possível depreender a regra geral, que é: o cônjuge herda em concorrência com os descendentes. No entanto, há três exceções dentro dessa regra geral, quais sejam: a hipótese do casamento entre o cônjuge e o falecido ter como regime de bens a comunhão universal; a hipótese do casamento entre o cônjuge e o falecido ter como regime de bens a separação obrigatória; e, por fim, a hipótese do casamento entre o cônjuge e o falecido ter como regime de bens a comunhão parcial e o autor da herança não ter deixado bens particulares.

Assim, para melhor compreensão transcrevo abaixo a tabela elaborada pelo doutrinador Flávio Tartuce²³, que exemplifica uma parte das informações constantes no inciso I do art. 1.829 do CC/02.

Regimes em que o cônjuge herda em concorrência.	Regimes em que o cônjuge não herda em concorrência.
<ul style="list-style-type: none">• Regime da comunhão parcial de bens, havendo bens particulares do falecido.	<ul style="list-style-type: none">• Regime da comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares do falecido.

²³ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ªed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 6. p.171.

<ul style="list-style-type: none"> • Regime da participação final dos aquestos. • Regime da separação convencional de bens, decorrente de pacto antenupcial. 	<ul style="list-style-type: none"> • Regime da comunhão universal de bens. • Regime da separação legal ou obrigatória de bens.
--	--

O entendimento exposto na tabela é aceito por grande parte da doutrina, mas não é unânime. E ainda há varias outras discussões (doutrinárias e jurisprudenciais) acerca desse dispositivo (art. 1.829, I), que serão discutidas nos tópicos seguintes, tendo em vista a infelicidade do legislador quando da confecção do referido artigo, deixando sua interpretação de maneira muito aberta.

Na concepção de Sílvio de Salvo Venosa²⁴, o Código Civil de 2002, em matéria de direito hereditário do cônjuge, é uma tragédia jurídica, um desprestígio e um despreparo dos legisladores e do meio jurídico devido às impropriedades textuais que influenciam nas perplexidades interpretativas. Sugere que seja reescrito e que se apague o que foi feito como uma mancha na cultura jurídica nacional. E acrescenta que a lei seja aplicada da forma mais socialmente aceitável, mas que injustiças e inseguranças sociais são inevitáveis.

Por fim, é possível perceber que toda celeuma causada por esse artigo diz respeito ao fato de relacionar a concorrência sucessória com o regime de bens, exceto a questão envolvendo um suposto direito de acrescer que o cônjuge teria no caso de não haver descendentes, seja por morte, renúncia ou exclusão dos convocados. Esse entendimento é exposto por Eduardo de Oliveira Leite, o qual afirma: “Ressalte-se, entretanto, que, se o cônjuge concorrer com descendentes e estes não puderem ou não quiserem aceitar, o cônjuge sobrevivente recebe, por acrescer, a totalidade”²⁵.

No entanto, tal entendimento não prevalece na doutrina porque o cônjuge só está arrolado na primeira e na segunda classe para que haja a concorrência com os descendentes ou ascendentes, nessas classes ele não herda sozinho. Essa posição é corroborada pelo art. 1.836 do CC/02, caput, o qual prescreve que “na falta de descendentes, são chamados à sucessão os

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**, Ed. Atlas, São Paulo, 2010, p. 1.924.

²⁵ Leite, Eduardo de Oliveira. In: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 201.

ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente”, ou seja, na falta de descendentes não herdará o cônjuge sozinho, o que ocorrerá é o chamamento da próxima classe à sucessão.

2.1.Regime da comunhão universal de bens

O inciso primeiro do art. 1.829 do Código Civil de 2002, excepciona da regra geral, qual seja a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, o cônjuge casado sob o regime da comunhão universal de bens. O entendimento do legislador é que o cônjuge supérstite já estaria amparado economicamente, tendo em vista que já seria beneficiado pela meação dos bens obtidos após o casamento e antes do casamento também, salvo aqueles contidos no art. 1.668 do CC/02.

No entanto, há algumas divergências doutrinárias. Para alguns doutrinadores, deve-se sempre analisar o caso concreto porque se a intenção do Código Civil era deixar amparado o cônjuge supérstite não é possível aferir todas as possibilidades de condições fáticas em prescrições genéricas. Por exemplo, no caso do regime de comunhão universal de bens não será sempre que o cônjuge estará amparado porque pode ser que o único bem restante seja um daqueles abarcados pelo art. 1.668, um bem gravado com cláusula de incomunicabilidade, como exemplo.

Nesse sentido, está a posição de Luiz Gavião de Almeida, o qual observa que:

“É equivocada a ideia de que o cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, sempre recebe. Por isso, o dispositivo deve ser entendido no sentido que ficará ele privado da sucessão concorrente se houver patrimônio comum. Não havendo, cabe-lhe quota na sucessão dos bens particulares do falecido”²⁶.

Compartilhando da ideia acima exposta, está a posição de Francisco José Cahali, o qual afirma que:

“Haverá de se questionar se terá o viúvo direito sucessório, quando casado no regime da comunhão universal de bens, ou qualquer outro regime convencional, e o falecido possuir bens particulares (por exemplo, gravados por cláusula de incomunicabilidade na doação ou por testamento). A coerência recomendaria seja deferida a sucessão ao

²⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. In: TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ªed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 6. p.190.

cônjuge sobre os bens particulares, se a estes for restrita a herança do viúvo, a despeito da literalidade do texto ser de diverso conteúdo”²⁷.

Importante ressaltar que o regime da comunhão universal de bens era o legal até a vigência da Lei do Divórcio, ou seja, não havendo convenção do casal acerca de um regime em específico, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigoraria, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de bens legal que era a comunhão universal de bens. Assim, a maioria dos casais formada anteriormente à Lei do Divórcio era casada nesse regime.

E com a prevalência dessa interpretação gramatical/literal da lei, abre-se margem às injustiças no caso de só haver bens particulares do autor da herança. Esse regime seria, no caso particular acima exposto, menos vantajoso que o regime da comunhão parcial de bens, que como veremos em tópico posterior, permite que o cônjuge seja herdeiro nos casos em que o autor da herança houver deixado bens particulares. Analisando o código de forma sistemática, não faz sentido que na comunhão parcial o cônjuge tenha direito à herança em relação aos bens particulares e no caso da comunhão universal de bens não tenha o mesmo direito.

Desse modo, seria necessária uma interpretação teleológica, com base no princípio da razoabilidade para que o cônjuge casado no regime da comunhão universal de bens pudesse herdar nas situações em que só há bens particulares, os quais não são objeto de meação. Infelizmente tal interpretação não condiz com a literalidade do disposto no art. 1.829, I do CC/02, necessitando que o artigo citado seja modificado imediatamente para que injustiças como essas não perdurem. A interpretação contrária à lei preserva a ideia constante do código de amparo ao cônjuge, pois analisando os regimes de bens colocados como exceção à concorrência sucessória é possível notar que a regra é “onde há meação não existe herança”²⁸. Logo, nas situações em que não há a meação, o cônjuge deveria ser herdeiro.

Todavia, não há julgados que expõem o entendimento dos respeitadores doutrinadores. Há apenas julgados que afastam a concorrência sucessória do cônjuge na comunhão universal, sem qualquer ressalva²⁹.

²⁷ CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 198.

²⁸ VELOSO, Zeno. IN: SALLES, Diana Nacur Nagem Lima. **Da vocação hereditária do cônjuge casado no regime convencional de separação de bens em concorrência com os descendentes**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano I – nº 2, set – out 2014, p. 81.

²⁹ São exemplos os seguintes arestos retirados do livro de Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 8ªed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 6. p.191): STJ, RMS 22.684/RJ, 3ª Turma, Rel.

2.2.Regime da separação de bens

O regime da separação obrigatória de bens é a segunda exceção à regra geral, na qual o cônjuge herda em concorrência com os descendentes. Tal regime de bens é imposto aos contraentes do casamento em três hipóteses, conforme a prescrição do art. 1.641 do CC/02, exposta a seguir:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento³⁰;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos³¹;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Apesar do art. 1.829, I do CC/02 ser claro ao afirmar a expressão “separação obrigatória”, uma confusão gigantesca é feita ocasionando um tremendo caos interpretativo. De início, cumpre registrar um pequeno erro do legislador que ao afastar a concorrência do cônjuge no caso da separação obrigatória mencionou entre parênteses o art. 1.640 do CC/02³², que possui a seguinte prescrição:

Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Da leitura desse dispositivo é possível perceber o erro tendo em vista que o artigo citado diz respeito à separação convencional de bens, que decorre de pacto antenupcial, de opção, de convenção entre as partes. E esse é um dos motivos da confusão interpretativa gerada, dando margem para a sustentação do argumento de que a separação obrigatória fosse gênero que abrangesse duas espécies, quais sejam a separação legal (imposta nas hipóteses do

Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 07.05.2007, DJU 28.05.2007, p.319; TJGO, Apelação Cível 47104-57.2010.8.09.0051, Goiânia, Rel. Des. Luiz Eduardo de Souza, DJGO 11.11.2010, p.13; e TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.302587-3/0011, 5ª Câmara Cível Belo Horizonte, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. 04.12.2008, DJEMG 09.01.2009.

³⁰ O art. 1.523 do CC/02 elenca as hipóteses de causas suspensivas da celebração do casamento.

³¹ A Lei 12.344/10 alterou a idade de 60 anos para 70 anos.

³² Para correção desse erro, o Projeto Ricardo Fiúza (atual PL 699/2011) pretende alterar a remissão feita ao art. 1.640 do CC/02 por uma remissão ao art. 1.641 do CC/02.

art. 1.641 do CC/02) e a separação convencional (decorrente de convenção entre as partes, de pacto antenupcial).

É nítido que as expressões separação legal e separação obrigatória são equivalentes e não espécie e gênero. Não é possível a separação convencional – repita-se, decorrente de convenção – ser espécie de separação obrigatória, que é decorrente de lei. As palavras “convencional” e “obrigatória” são, por si só, excludentes. Ademais, Henrique Ferreira Coelho³³, aduz em sua monografia que separação obrigatória de bens sempre foi sinônimo de separação legal de bens porque o Código Civil de 2002 quando se refere às hipóteses de separação legal de bens, utiliza-se da expressão obrigatória.

Esse entendimento advém, “também, do originário art. 258 do Código Civil de 1916, que emprega o termo ‘obrigatório’ apenas quando elencava as hipóteses em que era imposto o regime da separação legal de bens”³⁴, como bem observa Thiago Luís Sombra. Nota-se com a transcrição do referido artigo abaixo.

Código Civil de 1916 - Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nos XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do órfão de pai e mãe, embora case, nos termos do art. 183, no XI, com o consentimento do tutor, ou curador.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, no XI, 384, no III, 426, no I, e 453).

Desse modo, chega-se à conclusão que o cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória de bens (correspondente à separação legal de bens) não concorrerá com os descendentes na distribuição da herança porque expressamente prevista como hipótese de exceção à regra geral no art. 1.829, I do CC/02. No entanto, não ficará desamparado

³³ COELHO, Henrique Ferreira. **A sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional**. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. São Paulo, 2015, p. 13. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12213/1/2016_HenriqueFerreiraCoelho.pdf. Acesso em: 20/05/16.

³⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **O regime da separação convencional de bens e a sucessão legítima: um novo capítulo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. XXIV Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), Aracaju-SE, Junho de 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>. Acesso em 20/05/16, p. 431 e 432.

economicamente, tendo em vista que, nesse regime, há a comunicação dos bens havidos durante o casamento, segundo a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Assim, há a comunicação dos aquestos, exigindo-se a prova do esforço comum na consecução desses bens, segundo a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no excerto colacionado abaixo.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial.

(EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

Já o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens herdará em concorrência com os descendentes do autor da herança, tendo em vista que não está abarcado na expressão obrigatória, constante da exceção contida no art. 1829, I do CC/02. Esse entendimento preserva a sistematicidade do código, promovendo a proteção do cônjuge supérstite, o qual por não possuir meação deverá ser herdeiro.

Essa interpretação é abarcada pela maioria da doutrina e consta no Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil, que prevê:

270 – Art. 1.829: O art. 1829, inc. I, 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 possuir bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

2.3.Regime da comunhão parcial de bens

De início, é importante frisar que, desde a entrada em vigor da Lei do Divórcio, a comunhão parcial de bens é o regime legal, conforme prescreve o art. 1.640 do Código Civil de 2002. Desse modo, é muito importante o estudo desse regime devido sua abrangência nos casamentos da contemporaneidade.

O regime da comunhão parcial de bens é a terceira exceção à regra geral, na qual o cônjuge herda em concorrência com os descendentes. Para melhor compreensão do problema, a transcrição do inc. I do art. 1.829 do CC/02 é necessária.

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 (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Da leitura do dispositivo surgem duas questões problemáticas acerca da comunhão parcial de bens: i) “o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens herda em concorrência com os descendentes quando o autor da herança deixa bens particulares ou quando não deixa bens particulares?”; ii) “a concorrência entre o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens com os descendentes do autor da herança ocorre em relação a quais bens (bens comuns, bens particulares ou ambos)?”.

Em relação à primeira questão problemática, apenas Maria Berenice Dias entende que o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens não herda em concorrência com os descendentes quando o autor da herança deixou bens particulares. Em sentido contrário, no entendimento da doutrinadora, o cônjuge herda em concorrência com os descendentes na hipótese do falecido não ter deixado bens particulares e, assim, herdaria sobre os bens comuns, que são os únicos existentes nessa hipótese.

Esse entendimento é fundado em dois motivos. O primeiro motivo diz respeito ao fato de que deveria ser utilizado o mesmo critério do art. 1.790 do CC/02, o qual prescreve que na união estável haverá a concorrência sucessória apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união. Desse modo, o cônjuge, no regime da comunhão parcial de bens, deveria herdar em concorrência com os descendentes na hipótese de não ter

deixado bens particulares, herdando, assim, sobre os aquestos, os bens comuns, de forma que manteria a mesma lógica utilizada pelo legislador no art. 1.790 do CC/02. Argumenta que, em se tratando de situações iguais, as soluções também devem ser iguais.

O segundo motivo diz respeito ao sinal de pontuação que consta no art. 1.829, I do CC/02, qual seja o ponto e vírgula. O entendimento da doutrinadora está bem explicado em seu artigo “Ponto e vírgula”, no qual expõe:

“Voltando ao texto legal, é certo que o estado condominial entre cônjuge e descendentes ou ascendentes é a regra, apontando o inc. I as hipóteses em que, tendo o autor da herança filhos, não surge o direito à concorrência.

Em um primeiro momento o legislador ressalva duas exceções. Fazendo uso da expressão ‘salvo se’ exclui a concorrência quando o regime do casamento é o da comunhão universal e quando o regime é o da separação obrigatória. Ao depois, é usado o sinal de pontuação ponto-e-vírgula, que tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas ideias. Assim, imperioso reconhecer que a parte final da norma regula o direito concorrente quando o regime é o da comunhão parcial. Aqui abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência ‘se’ o autor da herança não houver deixado bens particulares. A *contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes.

Outra não pode ser a leitura deste artigo. Não há como ‘transportar’ para o momento em que é tratado o regime da comunhão parcial a expressão ‘salvo se’ utilizada exclusivamente para excluir a concorrência nas duas primeiras modalidades, ou seja, no regime da comunhão e no da separação legal. Não existe dupla negativa no dispositivo legal, pois na parte final – após o ponto-e-vírgula – passa a lei a tratar de hipótese diversa, ou seja, o regime da comunhão parcial, oportunidade em que é feita a distinção quanto a existência ou não de bens particulares. Essa diferenciação nem cabe nos regimes antecedentes, daí a divisão levada a efeito por meio do ponto-e-vírgula”³⁵.

É possível depreender do entendimento, isolado na doutrina, acima exposto que, devido ao sinal de pontuação ponto e vírgula, utilizado no art. 1.829, I do CC/02, apenas no regime da separação obrigatória de bens e no regime da comunhão universal de bens não haveria a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes. Isso porque o regime da comunhão parcial de bens está separado das outras duas hipóteses de exceção à regra geral pelo ponto e vírgula, o que demonstraria que não está abarcado no rol de exceções. Nessa

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Ponto e vírgula**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4177/ponto-e-virgula>. Acesso em: 03/05/2016.

visão, o ponto e vírgula teria sido empregado com o objetivo de seccionar duas ideias diferentes.

Desse modo, o inc. I do art. 1.829 do CC/02 poderia ser dividido em dois, da seguinte maneira: i) aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ii) aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

No entanto, esse entendimento não prosperou, tendo em vista que o ponto e vírgula não tem como finalidade o seccionamento de duas ideias diferentes, mas sim, além de outras hipóteses, diminuir o uso excessivo de vírgulas em um período longo. Essa última hipótese é a que melhor representa a finalidade do ponto e vírgula, utilizado no art. 1.829, I do CC/02.

Superada a primeira questão problemática, podemos passar à análise da segunda, a qual diz respeito aos bens que serão objeto da concorrência do cônjuge com os descendentes. Há três correntes: i) o cônjuge herda em concorrência com os descendentes em relação aos bens particulares; ii) o cônjuge herda em concorrência com os descendentes em relação aos bens particulares e comuns (todo o acervo hereditário); iii) o cônjuge herda em concorrência com os descendentes em relação aos bens comuns.

A primeira corrente³⁶, que foi adotada no julgado mais recente do STJ, entende que a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do autor da herança ocorre em relação aos bens particulares. Utilizando como argumento principal a premissa norteadora do art. 1.829, I do CC/02, segundo a qual “o cônjuge herda onde não meia”³⁷, procurando sempre amparar economicamente o cônjuge supérstite. Assim, no caso da comunhão parcial de bens na hipótese em que o autor da herança deixa bens particulares, o cônjuge só herdará sobre eles, tendo em vista que não ficará desamparado porque possui a meação dos bens comuns e/ou herança em relação aos bens particulares.

³⁶ Doutrinadores adeptos à primeira corrente: Eduardo de Oliveira Leite, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, Gustavo René Nicolau, José Fernando Simão, Mário Delgado, Rolf Madaleno, Zeno Veloso. Informação retirada da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali in: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

³⁷ Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. In: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 174.

Seguindo essa corrente, está a doutrinadora Giselda Maria Hironaka, a qual observa que:

“Aqueles bens que compõem o patrimônio comum do casal são divididos não em decorrência da sucessão, mas tão somente em virtude da dissolução da sociedade conjugal, operando-se, via de consequência, a divisão dos bens separando-se as meações que tocavam a cada um dos membros do casal; já os bens exclusivos do autor da herança relativamente aos quais o cônjuge sobrevivente não tem direito à meação, serão partilhados entre ele, sobrevivente, e os descendentes do autor da herança, por motivo da sucessão causa mortis”.³⁸

No mesmo sentido, também é o entendimento do doutrinador Zeno Veloso, o qual afirma que:

“A concorrência só ocorrerá a respeito dos bens particulares, pois, com relação aos outros, o cônjuge sobrevivente já é meeiro, e o legislador, nos casos gerais não confere direito sucessório à viúva e ao viúvo quando são titulares de meação e o autor da herança tem descendentes. Além do mais, a parte final do art. 1.829, I, imprime uma exceção, e como tal deve receber interpretação restritiva. Por último, o entendimento que sufraga, resguarda e melhor ampara os direitos dos descendentes”.³⁹

Tal entendimento está exposto no Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil, que prevê:

270 – Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, 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) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

A segunda corrente⁴⁰ entende que o cônjuge herda em concorrência com os descendentes em relação aos bens comuns e particulares, isto é, todo o acervo hereditário. A justificativa seria pelo fato de que o legislador não discriminou sobre quais bens ocorreria a concorrência sucessória. Ou seja, a regra estabelecida pelo código seria apenas um critério de

³⁸ CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 197/198.

³⁹ MOLEDO, André Luiz de Saboya. **A concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens**. Revista do Curso de Direito da Facha. Rio de Janeiro, p. 63 e 64. Disponível em: <http://www.facha.edu.br/pdf/revista-direito-4/artigo3.pdf>.

⁴⁰ Doutrinadores adeptos à segunda corrente: Francisco Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz. Informação retirada da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali in: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

convocação, assim, tendo preenchidos os requisitos (casamento no regime da comunhão parcial e bens particulares deixados pelo autor da herança), o cônjuge herdaria em relação à totalidade de bens. Maria Helena Diniz compartilha desse entendimento, afirmando que:

“Pelo novo Código Civil, convém repetir, haverá concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuísse patrimônio particular. Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime da separação convencional de bens ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do de cujos. (...) Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, se casado sob o regime de comunhão parcial, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário”.⁴¹

Essa doutrinadora assevera, ainda, que tal entendimento atende ao princípio da operabilidade, pois torna mais fácil o cálculo da partilha da herança. Para Francisco Cahali⁴², um entendimento de maneira diversa geraria uma desvantagem do viúvo casado pelo regime da comunhão parcial de bens em relação ao viúvo que possuía vínculo por união estável, porque, nesse último caso, o companheiro herda bens que já foram divididos devido à meação. E, na maioria das situações, a parcela significativa do acervo hereditário é formada pelos bens adquiridos na constância do casamento ou da união.

No entanto, a Ministra Nancy Andrighi discorda de Francisco Cahali porque, para ela, não há como aferir se o companheiro estaria em uma situação melhor do que o cônjuge sem considerar as circunstâncias fáticas existentes, como nos mostra ao afirmar, no julgamento do REsp nº 1.117.563/SP, que:

“Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não se pode dizer que há vantagem em um ou em outro regime familiar, tomando-se em consideração somente para as regras de sucessão legítima. Ainda que, em dados momentos, a regra de sucessão legítima seja mais vantajosa para o companheiro, isso não significa que o regime da União Estável seja necessariamente mais vantajoso que o casamento, do ponto de vista global. Há diversos benefícios conferidos pela lei ao casamento que não se estendem à união estável. Basta pensar, por exemplo, que a prova do casamento é direta, decorrendo meramente do registro (art. 1.543 do CC/02), ao passo que a união estável deve ser demonstrada caso a caso; que o cônjuge é herdeiro necessário, contando com a garantia da legítima que, em princípio, não assiste ao companheiro; que, protegendo o patrimônio do casal, a Lei condiciona à autorização do cônjuge a prática de determinados negócios jurídicos; que a ordem

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105-106.

⁴² CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 196.

de vocação hereditária coloca o cônjuge antes dos colaterais na sucessão exclusiva; e assim por diante.

Em segundo lugar, é muito difícil antecipar o quanto representariam essas vantagens, aferíveis, não no momento da sucessão, mas durante a relação mantida entre os cônjuges, na decisão de contrair ou não casamento. É temerário afirmar, apressadamente e com os olhos voltados apenas para uma situação pontual, que os arts. 1.790 e 1.829 podem tornar mais vantajoso viver sob o regime da união estável sob o regime do casamento. As variáveis são muito numerosas”⁴³.

De maneira isolada na doutrina está Maria Berenice Dias que é a única adepta à terceira corrente, segundo a qual o cônjuge herda em concorrência com os descendentes em relação aos bens comuns. Isso porque, como já explicado, o ponto e vírgula teria seccionado duas ideias diferentes, isso faria com que o regime da comunhão parcial de bens não fosse exceção à concorrência sucessória no caso do autor da herança não deixar bens particulares.

Assim, a partilha ocorreria em relação aos bens comuns, que são os únicos deixados pelo autor da herança. Tal entendimento não prosperou devido ao fato do ponto e vírgula não ter sido utilizado como seccionamento de duas ideias, mas sim para evitar um excesso de vírgulas. Fato que muda completamente a interpretação do artigo.

Por fim, cumpre aqui registrar mais um erro do legislador. Segundo a doutrina majoritária, o cônjuge herdaria em concorrência com os descendentes do autor da herança no regime da comunhão parcial de bens na hipótese de haver bens particulares. No entanto, Flávio Tartuce⁴⁴ afirma utilizando as ideias de Zeno Veloso que sempre haverá bens particulares porque o falecido terá deixado ao menos a roupa do corpo. Desse modo, o cônjuge sempre terá direito à herança no caso da comunhão parcial de bens.

Porém, essa discussão perde completamente o sentido se a interpretação correta ao dispositivo legal for que a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, no caso da comunhão parcial de bens, somente ocorre em relação aos bens particulares, porque se existirem haverá a concorrência apenas em relação a eles.

No caso de prevalecer a segunda corrente, na qual, havendo bens particulares, a concorrência sucessória ocorre em relação a todo acervo hereditário, esse erro faz uma diferença enorme. Isso porque a simples presença de uma roupa do falecido ensejaria a

⁴³ Trecho retirado do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.117.563/SP. Acesso em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=918837&sReg=200900097260&sData=20100406&formato=PDF.

⁴⁴TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 167.

divisão de todo acervo hereditário e não só da roupa como no caso da corrente anterior. Fato que ocorreria sempre tendo em vista a impossibilidade real de a pessoa não ter ao menos uma roupa pra vestir. No caso da terceira corrente, na qual a concorrência sucessória ocorre se não houver bens particulares e, conseqüentemente, ocorre em relação aos bens comuns, nunca haveria o direito à herança pelo cônjuge, tendo em vista que sempre haveria bens particulares porque ao menos a roupa do corpo existiria.

Importante ressaltar que o dispositivo do Código não adota como bens particulares apenas bens imóveis ou a existência de um patrimônio mínimo. Apesar disso, há arestos que limitam bens particulares aos bens imóveis como foi o caso do aresto citado abaixo.

Arrolamento de bens. Esboço de partilha. Casamento sob o regime da comunhão parcial de bens. Patrimônio que foi adquirido por esforço conjunto. Ausência de bens particulares do falecido. Cônjuge que não é herdeira, mas meeira em 50% do patrimônio a partilhar. Única filha do de cujos, de relacionamento anterior, que deve figurar como herdeira da metade remanescente do patrimônio. Interpretação do art. 1.829 do Código Civil. Impugnação ao esboço de partilha acolhida. Agravo desprovido. Cônjuge supérstite não concorre, na sucessão, com os descendentes se, casado pelo regime da comunhão parcial, não existirem bens particulares do de cujos. Inteligência do artigo 1.829 do Código Civil. (TJSP, Agravo de Instrumento 0180127 – 84.2010.8.26.0000, Acórdão 4859235, 1ª Câmara de Direito Privado, Lins, Rel. Des. Elliot Akel, j. 07.12.2010, DJESP 20.01.2011).

2.4.Regime da participação final nos aquestos

O regime da participação final nos aquestos não está no rol de exceções à concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes contido no art. 1.829, I do CC/02. Assim, a partir de uma interpretação literal/gramatical da lei, infere-se que o cônjuge casado nesse regime possui o direito de concorrer com os descendentes à totalidade da herança. Maria Berenice Dias, a esse respeito, argumenta:

“Tanto no regime da comunhão parcial como no da participação final dos aquestos, os bens adquiridos antes do casamento são bens particulares e não integram a meação do consorte. Em ambas as hipóteses é partilhado o patrimônio comum adquirido durante o casamento. Como o regime da participação final dos aquestos não está referido entre as exceções que afastam o direito de concorrência, mister reconhecer que ao cônjuge sobrevivente precisa ser assegurada parcela da herança. Havendo ou não bens particulares, participa da sucessão com os herdeiros. A regra é a concorrência e a lei, ao excluía-

la em alguns regimes de bens, não excepciona o da participação final dos aquestos. E, para excluir direitos, é indispensável expressa previsão legal. Não dá pra subtrair direitos por analogia”.⁴⁵

Para Flávio Tartuce, a interpretação gramatical/literal da lei também deve prevalecer, explicando seu posicionamento no excerto colacionado abaixo:

“Durante o casamento, a participação final dos aquestos é próxima de uma separação convencional de bens, o que já justificaria a concorrência sucessória. Em reforço, quando de sua dissolução, a proximidade com a comunhão parcial não é tão grande assim, pois para a comunicação de bens, há necessidade de prova de esforço patrimonial comum na participação final nos aquestos. Além disso, não há na participação final, meação, ao contrário da comunhão parcial de bens, conforme está exposto no Volume 5 desta série bibliográfica. Em suma, é justa e correta a previsão legal, que aponta a concorrência sucessória do cônjuge caso seja adotado tal novo regime”.⁴⁶

No entanto, há quem discorde sustentando que a semelhança do regime da participação final nos aquestos com a comunhão parcial de bens enseja que a concorrência sucessória ocorra nos mesmos moldes em ambos os regimes. Francisco Cahali defende essa última posição, ao afirmar que:

“Aliás, inadequada a situação, pois o regime da participação final dos aquestos tem características similares às do regime da comunhão parcial, no que se refere a ter direito o cônjuge sobre o acervo adquirido durante o casamento, diferenciando-se um do outro, praticamente, apenas na forma como se faz a liquidação dos direitos. Daí por que válido e plenamente justificável juridicamente sustentar-se dispor a estes cônjuges, casados pelo regime da participação final dos aquestos, o mesmo tratamento destinado àqueles casados pelo regime da comunhão parcial de bens”.⁴⁷

Para Fabrício Castagna Lunardi⁴⁸, esse último entendimento deve prosperar, tendo em vista a semelhança do regime da participação final dos aquestos com a comunhão parcial. Desse modo, no regime da participação final nos aquestos, o cônjuge concorreria à herança em conjunto com os descendentes no caso do autor da herança ter deixado bens particulares e apenas quanto a esses bens.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2011, p. 167-168.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 192.

⁴⁷ CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 200.

⁴⁸ LUNARDI, Fabrício Castagna. **A Concorrência do Cônjuge com os Descendentes na Sucessão Legítima: Em Busca da Melhor Interpretação**. Repertório de Jurisprudência IOB, v.III, p. 346.

Essa última orientação é a prevalecente na jurisprudência⁴⁹. E também está contida no enunciado 270 da Terceira Jornada de Direito Privado, o qual prescreve:

270 – Art. 1.829: O art. 1829, inc. I, 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 possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

De fato, a última posição é a que melhor representa o espírito da lei tendo em vista a semelhança entre a comunhão parcial de bens e a participação final nos aquestos. Isso porque mesmo que durante o casamento o regime pareça mais com a separação convencional de bens, no momento em que ocorre a dissolução do casamento prevalece a semelhança com a comunhão parcial de bens com pequenas diferenças como na liquidação dos bens.

Assim, como o que interessa para o estudo em questão é o momento da dissolução do casamento ocorrido pelo evento morte, é de se considerar que a posição mais interessante é a que permite a concorrência sucessória apenas em relação aos bens particulares como na comunhão parcial de bens. Desse modo, mais uma vez se daria direito à herança apenas em relação aos bens particulares tendo em vista que em relação aos bens comuns já haveria o direito à meação, prevalecendo a lógica contida no art. 1.829, I do CC/02.

2.5.Regime de bens atípico/misto

O rol dos regimes de bens abarcado pelo art. 1.639 do CC/02 e parágrafo único do art. 1.640 do CC/02 não é taxativo, mas sim exemplificativo. Então, além dos regimes de bens tradicionais, já analisados, há também regimes de bens atípicos, mistos, os quais misturam os regimes de bens já existentes. E, apesar da interpretação literal/gramatical da lei determinar que o cônjuge casado em tais regimes concorreria com os descendentes à herança do de cujos tendo em vista que não estão abarcados nas exceções à regra geral do art. 1.829, I do CC/02, há soluções diversas para a questão.

⁴⁹ Exemplo: TJ-DF - APC: 20080111557179, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 28/01/2016, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/02/2016 . Pág.: 329.

O doutrinador Flávio Tartuce⁵⁰ propõe que haja uma aproximação desses regimes aos já existentes e por analogia determinar se terão ou não direito à concorrência sucessória. Ele dá o seguinte exemplo: na hipótese de se convencionar a comunicação dos bens imóveis adquiridos na constância do casamento, excluindo-se os bens móveis, não haveria a concorrência sucessória quanto aos bens imóveis adquiridos na constância do casamento porque vige uma comunhão parcial quanto a eles, já presente a meação e, quanto aos bens móveis, haveria a concorrência sucessória tendo em vista que, para esses bens, haveria uma separação convencional de bens.

Francisco Cahali propõe outra solução. Para ele, a regra geral é que haverá a concorrência sucessória, exceto em alguns casos. Esse pensamento é traduzido abaixo:

“Tratando-se de regime misto, como regra geral, haverá a convocação do viúvo, salvo se o modelo proposto na convenção for idêntico ou muito próximo (só diferenciado por detalhes) àqueles em que o direito sucessório é excluído (por exemplo, misto entre comunhão universal e parcial, sem bens particulares)”.⁵¹

A primeira solução é a mais plausível porque, apesar de o legislador não ter colocado os regimes atípicos no rol de exceções à regra geral, o código possui uma lógica, segundo a qual o cônjuge herda em relação ao patrimônio que não houve meação e esta deve ser respeitada. Assim, em cada caso concreto é preciso fazer uma aproximação com os regimes de bens previstos no art. 1829, I do CC/02 para definir o direito à herança conforme a “vontade” do legislador.

3. QUESTÕES CONTROVERTIDAS NA JURISPRUDÊNCIA

3.1. Regime da separação de bens

O entendimento majoritário acerca da separação de bens é aquele que não considera a separação convencional como exceção à regra da concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes do autor da herança tendo em vista que não foi abarcada no rol de

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 193.

⁵¹ CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 200.

exceções à concorrência sucessória disposta no art. 1.829, I do CC/02 e atende à lógica contida no código de que onde há meação não há direito à herança. Tal entendimento é seguido por vários juristas, como é possível notar nos excertos colacionados a seguir.

Inventário. Viúva casada com o autor da herança no regime de separação convencional de bens. Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido. Inteligência do art. 1.829, I, do Código Civil. Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime de casamento for o de separação obrigatória de bens. Recurso improvido. (TJSP, 3.^a Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento 313.414-4/1-Barretos, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 04.11.2003).

Agravo de instrumento. Partilha. Regime de bens. Inexistência de meação sobre bem clausulado. Regime de separação total de bens. Herança. Concorrência sucessória do cônjuge vivo com os descendentes do falecido sobre os bens particulares deixados. No casamento realizado pelo regime da separação total de bens, com pacto antenupcial, há a incomunicabilidade total dos bens anteriores e posteriores ao matrimônio. O bem doado com cláusula de incomunicabilidade não integra a meação do cônjuge, seja qual for o regime de bens. Ademais, o gravame que incide sobre o bem o torna bem particular, afastando-o da meação, admitindo-se, contudo, que sobre ele concorra na sucessão o cônjuge sobrevivente com os herdeiros descendentes, na esteira do que dispõe o artigo 1.829 inc. I do Código Civil. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70021504923, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 11/12/2007).

Destarte, o próprio STJ, responsável por uniformizar a jurisprudência e dar a melhor interpretação à lei federal, por muito tempo tratou a questão de forma contraditória, ora aplicando um entendimento, ora aplicando-o em sentido diverso. Há, inclusive, um caso paradigmático, o REsp 992.749/MS, julgado pela 3^a Turma, que causou espanto na doutrina majoritária, o qual é a seguir colacionado.

Direito civil. Família e Sucessões. Recurso especial. Inventário e partilha. Cônjuge sobrevivente casado pelo regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Interpretação do art. 1.829, I, do CC/02. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido. Não ocorrência.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem

complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei no 6.515/77 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

- Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

- O regime da separação convencional de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

- Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

- Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, deve prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares os citados dispositivos.

- No processo analisado, a situação fática vivenciada pelo casal declarada desde já a insuscetibilidade de seu reexame nesta via recursal é a seguinte: (i) não houve longa convivência, mas um casamento que durou meses, mais especificamente, 10 meses; (ii) quando desse segundo casamento, o autor da herança já havia formado todo seu patrimônio e padecia de doença incapacitante; (iii) os nubentes escolheram voluntariamente casar pelo regime da separação convencional, optando, por meio de pacto antenupcial lavrado em escritura pública, pela incomunicabilidade de todos os bens adquiridos antes e depois do casamento, inclusive frutos e rendimentos.

- A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida.

- Trata-se, pois, de um ato de liberdade conjuntamente exercido, ao qual o fenômeno sucessório não pode estabelecer limitações.

- Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu a alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, quando seria livre e lícita qualquer dessas providências, não deve o intérprete da lei alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado.

- Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens post mortem, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria.

- Por fim, cumpre invocar a boa fé objetiva, como exigência de igualdade e honestidade na conduta das partes, no sentido de que o cônjuge sobrevivente, após manifestar de forma livre e lícita a sua vontade, não pode dela se esquivar e, por conseguinte, arvorar-se em direito do qual solenemente declinou, ao estipular, no processo de habilitação para o casamento, conjuntamente com o autor da herança, o regime de separação convencional de bens, em pacto antenupcial por escritura pública.

- Princípio da exclusividade, que rege a vida do casal e veda a interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1.829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva a autonomia privada guindada pela eticidade.

Recurso especial provido.

Pedido cautelar incidental julgado prejudicado.

(REsp 992.749/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010).

Nesse julgado, provido por unanimidade, consagrou-se vencedora a tese da relatora, Ministra Nancy Andrigli. Na ocasião, concluiu-se que o regime da separação obrigatória de bens é gênero que congrega duas espécies, quais sejam a separação legal e a separação convencional. A primeira é imposta por lei e a segunda decorre da vontade das partes, mas ambas, uma vez estipuladas como o regime a ser seguido obrigam os cônjuges à sua observância. Dessa maneira, no regime da separação de bens não há direito à meação nem à herança, porque o regime de bens estipulado obriga as partes na vida e na morte. Sendo, assim, nos dois casos de separação de bens, o cônjuge não é herdeiro necessário.

A Ministra relatora fundamenta sua decisão em um artigo de Miguel Reale publicado pelo jornal ‘O Estado de São Paulo’, o qual faz uma interpretação extensiva do artigo legal e afirma que:

“Duas são as hipóteses de separação obrigatória: uma delas é a prevista no parágrafo único do art. 1.641, abrangendo vários casos; a outra resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento, optando pela separação de bens. A obrigatoriedade da separação de bens é uma consequência necessária do pacto concluído pelos nubentes, não sendo a expressão ‘separação obrigatória’ aplicável somente nos casos relacionados no parágrafo único do art. 1.641”⁵².

Aduz, ainda, que se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse herdeiro necessário feriria a sistematicidade do Código Civil, tendo em vista a antinomia em relação ao art. 1.687 do CC/02, o qual prescreve que “estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.

Desse modo, continua sua argumentação, dizendo que o que foi decidido em vida deveria ser mantido após a morte, porque, de outra maneira, estar-se-ia permitindo a mudança de regime patrimonial post mortem. Ademais, estaria também infringindo a boa fé objetiva e a honestidade, tendo em vista que o cônjuge aceitaria um patrimônio que de forma livre e lícita já havia recusado por meio do pacto antenupcial.

A tese exposta prevaleceu principalmente devido a peculiar situação fática que envolve o julgado. Um homem viúvo de 51 anos de idade com graves problemas de saúde que contraiu núpcias com uma mulher de 21 anos de idade, sob o regime de separação convencional de bens. Na ocasião do casamento, o homem já havia formado todo o seu patrimônio e o casamento durou apenas dez meses. Dessa forma, diante de uma real possibilidade de “golpe do baú”, desenvolveu-se essa tese.

A partir desse julgado, outros no mesmo sentido surgiram no âmbito estadual, como o excerto colacionado abaixo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. DESCABIMENTO DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES NA SUCESSÃO LEGÍTIMA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.829, INC. I, DO CÓDIGO

⁵² REALE, Miguel. **O Cônjuge no novo Código Civil.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1612,71043-O+conjuge+no+novo+Codigo+Civil>. Acesso em 15/04/16.

CIVIL. Da análise sistemática dos dispositivos constantes do Novo Código Civil, se extrai que o cônjuge supérstite casado pelo regime da separação convencional de bens não possui direito à concorrência com os descendentes na sucessão legítima, com fulcro no art. 1.829, inciso I, do Código Civil. Precedente do STJ (REsp 992.749/MS), com amparo em lição de Miguel Reale. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento No 70054712559, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 29/08/2013). (TJ-RS - AI: 70054712559 RS. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 29/08/2013, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/09/2013).

Seguindo esse entendimento, o doutrinador Paulo Lôbo sustenta que “ninguém é obrigado a casar se o regime de bens lhes não convém. Portanto, a interpretação que levasse à sucessão na hipótese de regime convencional de bens levaria à legitimação da má fé”⁵³. Acrescenta ainda, que o julgado do STJ tem conclusão correta, ao afirmar que:

“Quando os nubentes escolhem livremente o regime de bens, mediante pacto antenupcial, ou o aceitam (o que é também expressão da liberdade e da autodeterminação) o regime legal supletivo (comunhão parcial de bens), tem como um dos objetivos principais, exatamente, os efeitos da sucessão por morte. A interpretação que postula a extinção do efeito essencial de regime de separação convencional de bens (incomunicabilidade), quando for o cônjuge, esvazia de sentido lógico suas finalidades e nega respeito à liberdade de escolha e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da liberdade (art.5º da Constituição) que é expressão do macrop princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da Constituição), pois não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente o seu projeto de vida privada e familiar”⁵⁴.

Não obstante esse julgado do STJ e as posições doutrinárias no mesmo sentido, esse entendimento não é o mais adequado. Isso porque a norma jurídica de regência, o art. 1.829, I do CC/02, não foi respeitada, tendo em vista que, como demonstrado no tópico anterior, a expressão “separação obrigatória de bens” sempre se referiu e, assim continua no novo código, à “separação legal de bens”. A separação convencional de bens não pode ser espécie de separação obrigatória, porque uma é contrária à outra, a primeira decorrente da vontade das partes e a segunda, de imposição legal.

⁵³ LÔBO, Paulo. In: TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 186.

⁵⁴ LÔBO, Paulo. In: TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 186.

Para a ministra relatora⁵⁵, separação obrigatória significa que estipulada como regime, seja a convencional ou a legal, deve ser observada da mesma maneira, tanto em vida como em morte. No entanto, se assim fosse todos os regimes de bens deveriam ser acompanhados da expressão obrigatória, significando que uma vez estipulados como regime deveriam ser respeitados, tanto em vida como depois da morte. No entanto, o real significado do termo “obrigatória” é que em certas hipóteses (art. 1.641) as partes não possuem escolha, só podem casar nesse regime de bens.

O próprio Miguel Reale admite que para melhor compreensão do artigo a palavra “obrigatória” deveria ser retirada, ou seja, o nobre jurista, apesar de compartilhar do entendimento do julgado do STJ, concorda que a palavra obrigatória não é utilizada de forma correta para se referir à separação convencional. Com suas palavras afirma:

“Se, no entanto, apesar da argumentação por mim aqui desenvolvida, ainda persistir a dúvida sobre o inciso I do artigo 1.829, o remédio será emendá-lo, eliminando o adjetivo "obrigatória". Com essa supressão o cônjuge sobrevivente não teria a qualidade de herdeiro, ‘se casado com o falecido no regime de comunhão universal, ou no de separação de bens’. Aproveitar-se-ia, outrossim, a oportunidade para eliminar a errônea remissão ao parágrafo único do artigo 1.640”⁵⁶.

Há, nesse julgado do STJ, uma confusão entre meação e herança. Esta se trata de um instituto de Direito das Sucessões, a qual decorre da morte do autor da herança. Aquela se trata de um instituto de Direito de Família, é direito próprio, não decorre da morte de ninguém. Ambas não se confundem, mas a decisão as confundiu ao afirmar que o que foi decidido em vida prevaleceria após a morte. Se assim fosse, no caso da comunhão parcial, não haveria direito de herança ao cônjuge sobre os bens particulares, pois em vida os bens particulares não se comunicam, esvaziando de sentido o art. 1829, I do CC/02. Assim, também não há que se falar em antinomia entre os artigos 1.829, I e 1.687, pois versam sobre matérias diversas. O primeiro está contido no Livro de Direito das Sucessões e o segundo, no livro de Direito de Família.

Além disso, a escolha do casal em não partilhar seus bens em vida não corresponde necessariamente em não querer partilhá-los após a morte. Isso porque as circunstâncias que envolvem o fim de um relacionamento por um divórcio são totalmente diferentes das

⁵⁵ Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 992.749/MS, julgado em 01/12/2009, DJe 05/02/2010.

⁵⁶ REALE, Miguel. **O Cônjuge no novo Código Civil.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1612,71043-O+conjuge+no+novo+Codigo+Civil>. Acesso em 15/04/16.

circunstâncias que envolvem o fim do relacionamento pela morte. No primeiro caso, pode indicar falta de amor, no segundo, presume-se a constância do amor e solidariedade entre o casal, o qual não escolheu a separação, mas esta foi inevitável.

Outrossim, a ordem de vocação hereditária não depende da vontade do casal, é decorrente de lei. Ademais, admitir que a herança deva ser condicionada à vontade das partes expressa no pacto antenupcial seria o mesmo que admitir o pacto corvina, que é proibido no ordenamento pátrio pelo art. 426 do CC/02⁵⁷.

Desse modo, nota-se que na busca de uma justiça ao caso concreto, levando em consideração as circunstâncias fáticas, criou-se uma infinidade de outros problemas. Felizmente, apesar do entendimento desse precedente vários juízes aplicaram o art. 1.829, I do CC de forma diversa e, diga-se de passagem, mais acertada. Como se vê nos excertos abaixo colacionados.

Agravo de Instrumento. Inventário. Decisão que declarou que o cônjuge supérstite não é herdeiro nem meeiro. Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime de separação convencional. Decisão que contraria a lei, e especial os artigos 1.845 e 1.829 do Código Civil. Decisão reformada. Agravo provido. (TJSP, Agravo de Instrumento 0007645-96.2011, Comarca: São Paulo, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 04.10.2011).

Agravo de Instrumento. Inventário. Direitos sucessórios. Cônjuge sobrevivente. Regime da separação convencional de bens. Artigos 1.829, inciso I, e 1.845, ambos do CC/02. Interpretação. Cônjuge como herdeiro legítimo e necessário, em concorrência com os herdeiros do autor da herança. Habilitação no inventário. Necessidade. A mais adequada interpretação, no que respeita à separação convencional de bens, é aquela que entende ter o cônjuge direitos sucessórios em concorrência com os herdeiros do autor da herança, sendo essa, de resto a interpretação literal e lógica do próprio dispositivo. Soma-se a isso o fato de que o direito à meação não se confunde com o direito à sucessão. (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0701.13.009162-5/001, Rel. Des. Geraldo Augusto de Almeida, j. 03.12.2013).

Em contraposição ao REsp 992.749/MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighy, em 2014, a terceira turma entendeu que o cônjuge casado sob o regime da separação convencional é herdeiro em concorrência com os descendentes do autor da herança. Importante ressaltar que, nessa ocasião, a composição da turma já estava totalmente diferente. Colaciona-se abaixo a ementa do julgado.

⁵⁷ Art. 426 do CC/02: Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO E PARTILHA. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 1.829, I, DO CC/02. AVANÇO NO CAMPO SUCESSÓRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.

2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.

3. O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

4. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cedição no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem.

5. O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I, do Código Civil.

6. O regime da separação convencional de bens escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia de vontade (por meio do pacto antenupcial), não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (art. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

7. Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

8. O novo Código Civil, ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões deve ser conferido ao

casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular.

9. Recurso especial não provido.

(REsp 1.472.945/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 19/11/2014).

No julgado em questão, prevaleceu a tese com interpretação correta, de forma que o art. 1829, I foi respeitado. Ou seja, a hipótese de separação convencional não foi excepcionada da regra geral de concorrência do cônjuge com os descendentes. A exceção feita quanto à separação obrigatória não inclui a separação convencional, pois ambas são diferentes e contrárias, a primeira decorrente de imposição cogente da legislação e a segunda, da vontade das partes.

Essa conclusão está fundamentada no fato do Código Civil ter como objetivo colocar o cônjuge em uma posição privilegiada, incluindo-o como herdeiro necessário (art. 1.845), em razão da plena comunhão de vida que os cônjuges compartilham (art. 1.511). Assim, como é vedado o retrocesso social, não se pode retirá-lo dessa condição a não ser em hipótese de lei e o art. 1.829, I não faz isso. Logo, a interpretação não pode ser extensiva, de maneira a retirar direitos já conseguidos.

O relator aduz também que não há eficácia póstuma do regime matrimonial, não há ultratividade. Isto é, o regime da separação convencional determina sobre a incomunicabilidade dos bens e seu modo de administração apenas no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte. Além disso, o fato gerador no direito das sucessões é a morte, enquanto que no direito de família, é a vida em comum. Assim, sendo as situações distintas, o serão também as consequências, motivo pelo qual a intransmissibilidade de bens não continua após a morte.

Felizmente, após toda a confusão interpretativa instaurada e ante a divergência jurisprudencial no próprio STJ, órgão responsável pela uniformização da interpretação e aplicação do direito, a 2ª Seção do STJ uniformizou o entendimento no julgamento do REsp 1.382.170/SP. Segue abaixo a ementa do julgado.

CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE. HERDEIRO NECESSÁRIO. ART. 1.845 DO CC. REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTE. POSSIBILIDADE. ART. 1.829, I, DO CC.

1. O cônjuge, qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal, é herdeiro necessário (art. 1.845 do Código Civil).

2. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido. A lei afasta a concorrência apenas quanto ao regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil. Interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.382.170/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 26/05/2015).

O relator do caso em apreço, o Ministro Moura Ribeiro, argumenta, em síntese, que o cônjuge casado mediante separação de bens não possui direito à meação e nem à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Assevera que tal interpretação surge da sistematicidade do Código.

No entanto, o voto vencedor nesse julgado foi do Ministro João Otávio de Noronha. O nobre julgador refuta o argumento de que a obrigação contraída quanto ao regime de bens deva ter seus efeitos perpetuados após a morte mostrando que a morte ao dissolver o casamento e, conseqüentemente, a sociedade conjugal por força do art. 1.571, I do CC, põe fim também ao regime de bens, o qual será usado para definir a meação (instituto de direito de família). O regime de bens também é usado para definição da sucessão (instituto de direito sucessório), porque o direito sucessório permite ao incluí-lo como hipóteses de exceção no art. 1.829, I do CC e não porque há uma ultratividade do regime de bens.

Acerca disso discorre sobre a possibilidade do regime de bens funcionar de maneiras diferentes quando as situações são diferentes (dissolução do casamento em vida e dissolução do casamento em razão da morte), ou seja, a sua fundamentação não faz confusão entre meação e sucessão, como é possível perceber nesse trecho do seu voto:

“Quem determina a ordem da vocação hereditária é o legislador. Ele pode construir um sistema para a separação em vida diverso do da separação por morte. E ele o fez. Ele estabeleceu um sistema para a partilha dos bens por causa mortis e outro sistema para a separação em vida decorrente do divórcio. O legislador distinguiu. Então, a interpretação aqui é sistemática sim, mas dentro dos respectivos sistemas. Não posso pegar um princípio daqui e outro princípio dali,

fazer uma miscelânea e criar uma norma diferente daquela que está no Código⁵⁸.

Assim, concluiu-se que o cônjuge supérstite é sempre herdeiro necessário, porque essa condição lhe foi dada pelo legislador (art.1.845) e a interpretação dos juristas não pode retirar direitos já definidos em lei. O art. 1.829, I do CC/02 apenas expõe as hipóteses em que o herdeiro necessário cônjuge concorre com o outro herdeiro necessário descendente e o simples fato de em algumas hipóteses não haver concorrência sucessória não retira a qualidade de herdeiro necessário do cônjuge.

Concluíram também que o conteúdo da expressão “separação obrigatória”, exceção à regra geral da concorrência sucessória, só abrange a separação legal de bens. Desse modo, na separação convencional de bens, o cônjuge tem direito à herança tendo em vista que a lei afasta a concorrência sucessória com os descendentes apenas na separação legal de bens. Depreende-se disso que foi privilegiada uma solução que se compatibilizou com a premissa lógica do art. 1829, I do CC/02, de maneira que, na separação convencional de bens, por não haver direito à meação pelo cônjuge, haverá direito à herança.

Certo é que no regime da separação legal de bens também não há meação, então, consequentemente, deveria haver direito à herança, porém o motivo de tal regime figurar nas hipóteses de exceção à regra geral é devido ao fato desse regime ser decorrente de uma imposição legal como forma de punição/sanção àqueles que não observaram as causas suspensivas da celebração do casamento ou como forma de proteção daqueles que dependem de suprimento judicial e dos maiores de setenta anos. Dessa forma, a lei visa proteger os menores e idosos de serem vítimas de golpes.

3.2.Regime da comunhão parcial de bens

Como já observado, a má redação do art. 1.829, I do CC/02 resulta em interpretações diferentes, o que gera um caos jurisprudencial. Em relação ao regime da comunhão parcial de bens, há duas questões problemáticas, que já foram explicitadas em tópico anterior. A primeira delas, ou seja, se o cônjuge herda em concorrência com os descendentes, no regime

⁵⁸ Trecho retirado do voto do Min. João Otávio de Noronha. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=47872480&num_registro=201301311977&data=20150526&tipo=64&formato=PDF. Acesso em: 31/03/2016.

da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança deixar bens particulares ou quando não deixá-los está superada. A tese prevalecente é a que o cônjuge terá direito a concorrência sucessória quando o autor da herança deixar bens particulares. A outra hipótese é defendida de forma isolada apenas por Maria Berenice Dias.

A segunda questão problemática é que promove um caos jurisprudencial, inclusive no STJ, órgão com função constitucional de conferir melhor interpretação à lei federal. Essa questão diz respeito à quais bens serão objetos da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes (apenas os bens particulares ou os bens comuns e particulares ou apenas os bens comuns).

A primeira corrente⁵⁹ admite a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes apenas em relação aos bens particulares. Os defensores dessa corrente sustentam sua conclusão no argumento de que o código possui uma lógica, expressa na conhecida frase de Cláudio Luiz Bueno de Godoy: “o cônjuge herda onde não meia”⁶⁰. Assim, o fato do cônjuge ter direito à meação em relação aos bens comuns só autoriza que haja a concorrência sucessória em relação aos bens particulares. Seguindo esse entendimento, está o excerto colacionado abaixo do STJ.

CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE E FILHA DO FALECIDO. CONCORRÊNCIA. CASAMENTO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. BENS PARTICULARES. CÓDIGO CIVIL, ART. 1829, INC. I. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO.

1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes em relação aos bens integrantes da meação do falecido. Interpretação do art. 1829, inc. I, do Código Civil.
2. Tendo em vista as circunstâncias da causa, restaura-se a decisão que determinou a partilha, entre o cônjuge sobrevivente e a descendente, apenas dos bens particulares do falecido.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido (STJ – REsp nº 974.241 – DF – 4ª Turma – Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti – DJ 05.10.2011).

Nessa mesma linha, há vários julgados estaduais, como os colacionados a seguir.

⁵⁹ Doutrinadores adeptos à primeira corrente: Eduardo de Oliveira Leite, Euclides de Oliveira, Flávio Tartuce, Giselda Hironaka, Gustavo René Nicolau, José Fernando Simão, Mário Delgado, Rolf Madaleno, Zeno Veloso. Informação retirada da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali in: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

⁶⁰ Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. In: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 174.

Agravo de instrumento. Sucessão. Partilha dos bens do inventariado. Viúva. Regime de casamento. Comunhão parcial de bens. Direito à meação em relação aos bens adquiridos na constância do casamento. Direito de herança, em concorrência com os descendentes, em relação aos bens particulares do inventariado. Decisão mantida. 1. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge supérstite tem direito à sua meação, em relação aos bens adquiridos na constância do casamento e direito de herança, em concorrência com os descendentes do de cujus, dos bens particulares do inventariado, consoante a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829, I, do Código Civil. 2. Recurso conhecido e desprovido. Unânime (TJDF, Recurso 2013.00.2.014096-8, Acórdão 708.581, 3.^a Turma Cível, Rel. Des. Otávio Augusto, DJDFTE 09.09.2013, p. 211).

Agravo de instrumento. Sucessão do cônjuge. Art. 1.829, I, do Código civil. Casamento sob o regime da comunhão parcial de bens. Meação sobre os aquestos e direitos hereditários apenas sobre os bens particulares. Quando casados sob o regime da comunhão parcial de bens, a sucessão do cônjuge defere-se ao sobrevivente em concorrência com os descendentes apenas em relação aos bens particulares, uma vez que sobre os bens comuns, já lhe tocará a meação. Negaram provimento. Unânime (TJRS, Agravo de Instrumento 556243-14.2011.8.21.7000, 8.^a Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 26.01.2012, DJERS 01.02.2012).

A segunda corrente⁶¹ entende que a concorrência sucessória deve ocorrer em relação aos bens comuns e particulares, ou seja, todo o acervo hereditário. Isso porque o art. 1.829, I do CC/02 determina que ocorrerá a concorrência sucessória entre os descendentes e o cônjuge casado com o falecido no regime da comunhão parcial de bens se este houver deixado bens particulares. Assim, como não houve delimitação sobre quais bens seriam objeto da concorrência sucessória, convém adotar a tese de que os bens comuns e particulares serão objetos da partilha. Nessa linha, há o julgado⁶² colacionado abaixo.

CIVIL. SUCESSÃO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. BENS PARTICULARES DEIXADOS PELO AUTOR DA HERANÇA. PARTICIPAÇÃO COMO HERDEIRO NA SUCESSÃO LEGÍTIMA. – O cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial de bens com o falecido, tendo deixado bens particulares, além de sua meação, concorre com os descendentes, na sucessão legítima, participando da totalidade do acervo da herança, consoante a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829, I do Código Civil de 2002. (TJDFT, AI 2004.00.2.009630-8, rel. Des. Dácio Vieira, 5^a Turma

⁶¹ Doutrinadores adeptos à segunda corrente: Francisco Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz. Informação retirada da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali in: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5^a. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

⁶² Esse julgado foi reformado pelo STJ na ocasião do julgamento do REsp nº 974.241/DF, colacionado acima, no qual prevalece que a concorrência sucessória ocorre em relação aos bens particulares.

Cível, julgado em 10.10.2005, publicado no DJU, seção 3, de 25/05/2006, p. 151).

A terceira corrente⁶³ defende a tese de que a concorrência sucessória deve ocorrer em relação aos bens comuns. Essa corrente é defendida, doutrinariamente, apenas por Maria Berenice Dias, a qual desenvolve a sua tese encontrando resposta a partir do sinal de pontuação utilizado no artigo legal, como já demonstrado no item 2.5 e não há julgados que defendem tal posição.

Todavia, o STJ também já defendeu a tese de que a concorrência sucessória deveria ocorrer em relação aos bens comuns. No entanto, desenvolve fundamentação diversa de Maria Berenice Dias, sendo, então, uma quarta corrente em relação à matéria, como é possível notar no excerto colacionado abaixo.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE CASADO COM O DE CUJUS PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERANÇA COMPOSTA DE BENS PARTICULARES E BEM COMUM. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. ARTS. ANALISADOS: 1.658, 1.659, 1.661, E 1.829, I, DO CC/02.

1. Inventário distribuído em 24/01/2006, do qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 27/05/2013.

2. Cinge-se a controvérsia a definir se o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes dele na partilha dos bens particulares.

3. No regime da comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.

4. O fato de o cônjuge não concorrer com os descendentes na partilha dos bens particulares do de cujus não exclui a possibilidade de qualquer dos consortes, em vida, dispor desses bens por testamento, desde que respeitada a legítima, reservando-os ou parte deles ao sobrevivente, a fim de resguardá-lo acaso venha a antes dele falecer.

5. Se o espírito das mudanças operadas no CC/02 foi evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal.

⁶³ Maria Berenice Dias é a única doutrinadora adepta à terceira corrente. Informação retirada da tabela elaborada pelo professor Francisco Cahali in: CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 225 e 226.

6. Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou - seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial - por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.

7. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido (STJ, REsp 1.377.084/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 08.10.2013, DJe 15.10.2013).

Esse julgado seguiu a mesma fundamentação do REsp 992.749/MS, no qual se discutia a concorrência sucessória entre cônjuge casado no regime da separação convencional de bens e os descendentes do autor da herança. Assim, em ambos os acórdãos prevaleceu a tese de que o que foi decidido em vida deveria ser mantido após a morte, porque, de outra maneira, estar-se-ia permitindo a mudança de regime patrimonial post mortem. Ou seja, ambos os julgados defendem a tese da ultratividade do regime de bens. Ademais, estaria também infringindo a boa fé objetiva e a honestidade, tendo em vista que o cônjuge aceitaria um patrimônio que de forma livre e lícita já havia recusado por meio do pacto antenupcial.

No entanto, o julgado em questão passa dos limites da razoabilidade para defender a tese da ultratividade do regime de bens porque há a desconsideração total da literalidade do disposto no art. 1829, I do CC/02 tendo em vista que, no entendimento do STJ, o cônjuge concorreria com os descendentes em relação aos bens comuns, não importando se houvesse ou não bens particulares. Isso é possível notar no trecho do voto colacionado abaixo.

“A melhor interpretação, portanto, é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes”⁶⁴.

Assim, devido ao desrespeito a norma legal e pelos mesmos motivos já expostos no item 3.1, essa decisão não deve prosperar, levando-se em consideração principalmente a confusão ocorrida entre meação e sucessão, havendo uma mistura da autonomia privada

⁶⁴ Trecho retirado do voto da ministra Nancy Andrichi no julgamento do REsp 1.377.084/MG. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274956/recurso-especial-resp-1377084-mg-2013-0083914-0-stj/inteiro-teor-24274957>. Acesso em: 20/07/2016.

(escolha do regime de bens) e a morte de um dos cônjuges. Importante frisar que é certo que não há ultratividade dos regimes de bens, o fato deles determinarem a sucessão está relacionado com a vontade do legislador, o qual quis fazer dessa maneira, condicionando a concorrência sucessória ao regime de bens no art. 1.829, I do CC/02.

Tal julgado faz ainda uma confusão gigantesca com o fato do cônjuge ser herdeiro necessário e em algumas hipóteses não herdar. Como é possível perceber no excerto abaixo, retirado do voto da ministra Nancy Andriighi:

“Se o CC/02 erigiu o cônjuge sobrevivente a herdeiro necessário, não pode ser ele excluído da sucessão, em concorrência com os descendentes, apenas porque o falecido deixou – ou não deixou, a depender da corrente interpretativa do art. 1.829, I, do CC/02 – bens particulares”⁶⁵.

Os ministros que julgaram esse caso não conseguiram entender que ser herdeiro necessário não significa que o cônjuge sempre irá herdar, significa apenas que a condição de herdeiro necessário impede que o autor da herança, por sua própria vontade, exclua o cônjuge de sua herança, mas a lei pode assim determinar, como o fez no art. 1.829, I do CC/02. Tal artigo determina as hipóteses em que haverá a concorrência sucessória entre o herdeiro necessário cônjuge e o herdeiro necessário descendente. Em algumas hipóteses do artigo em questão não restará direito à herança ao cônjuge e isso em nada influencia o fato dele ser herdeiro necessário.

No mesmo sentido desse acórdão podem ser encontrados julgados estaduais, como os colacionados a seguir.

SUCESSÃO. CONJUGE SUPÉRSTITE. MEAÇÃO. CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. DESCENDENTES. SOBREPARTILHA. MEAÇÃO. BENS COMUNS. BENS PARTICULARES. EXCLUSÃO. PRECEDENTE DO STJ

-Inobstante as celeumas que se formaram em torno da concorrência sucessória, disciplinada pelo art. 1.929, I do Código Civil, entre o cônjuge supérstite, casado com o falecido pelo regime da comunhão parcial de bens, e os descendentes do autor da herança o STJ fixou o entendimento de que a sucessão, por ser uma projeção do regime patrimonial vigente na vida do casal, incide justamente sobre os bens comuns e não sobre os particulares. (TJMG, Apelação Cível

⁶⁵ Retirado do voto da ministra relatora Nancy Andriighi no julgamento do REsp 1.377.084/ MG. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274956/recurso-especial-resp-1377084-mg-2013-0083914-0-stj/inteiro-teor-24274957>. Acesso em: 20/07/2016.

1.0024.03.040496-6/001, Rel. Des. Selma Marques, j. 03.09.2013, DJEMG 13.09.2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. BENS PARTICULARES. AUSÊNCIA DE DIREITO SUCESSÓRIO.

1. A regra do art. 1.829, I, do CC/02, tem interpretação muito controversa na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: 1ª) que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; 2ª) que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o de cujus tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio sem distinção; 3ª) que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.

2. No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente tem direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes (precedente do STJ). Agravo provido. (TJGO, Agravo de Instrumento 335623-46.2011.8.09.0000, Edeia, Rel. Des. Carlos Escher, DJGO 03.05.2012, p. 236).

Após toda essa controvérsia jurisprudencial, a 2ª Seção do STJ, no exercício de sua função constitucional, uniformizou a jurisprudência no julgamento do REsp 1.368.123/SP. Nessa ocasião prevaleceu a tese de que o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do autor da herança apenas em relação aos bens particulares.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO DE CUJUS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA.

1. Não se constata violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade.

2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares.

3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do de cujus.

4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.368.123/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.04.2015, DJe 08.06.2015).

O argumento prevalecente nesse julgamento foi que duas hipóteses de exclusão da concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes (comunhão universal e comunhão parcial no caso de não haver bens particulares) ocorrem de maneira a excluir o direito de herança ao cônjuge devido ao fato dele já estar amparado economicamente pela meação. Desse modo, o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens deve concorrer com os descendentes, no caso de haver bens particulares, apenas em relação a estes, preservando a sistematicidade/lógica do código.

Prevalece no direito sucessório a máxima cunhada por Miguel Reale, segundo a qual “quem é meeiro, não deve ser herdeiro”⁶⁶, ou seja, há, para o relator, uma implícita proibição sobre os aquestos tendo em vista que, quanto a estes, já há o amparo econômico decorrente da meação.

Assim, é possível notar que a unidade do sistema foi preservada. Na comunhão universal de bens, o cônjuge não herda porque já está amparado economicamente pela meação como na comunhão parcial de bens quando não há bens particulares. Percebe-se também a mesma lógica na separação convencional de bens, na qual o cônjuge herda tendo em vista que não está amparado pela meação. Então, o único caminho que resta no caso de haver bens particulares é que haja a concorrência sucessória apenas quanto a estes bens porque em relação aos bens comuns já houve meação.

Importante ressaltar que apesar da primeira corrente ter prevalecido, a saber, a defensora da concorrência sucessória apenas em relação aos bens particulares, a segunda corrente, defensora da concorrência sucessória em relação a todo o acervo hereditário também é bastante atraente.

Isso porque o art. 1829, I do CC/02 apenas determina que haverá a concorrência sucessória salvo se o cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens não houver deixado bens particulares. Ou seja, a literalidade do artigo não determina em relação a quais bens haverá a concorrência sucessória. Assim, devido a regra de hermenêutica, segundo a qual não se deve restringir direitos a não ser por determinação legal, é de se considerar que todo o acervo hereditário poderia ser objeto da concorrência sucessória.

⁶⁶ REALE, Miguel. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão dos Cônjuges**, RT, 815, São Paulo, Set. 2003, p. 33.

Todavia, a posição do STJ, de forma consciente, privilegiou a interpretação teleológica tendo em vista que é notório que o legislador ao criar a norma pensou em quais regimes excluiria da regra geral de uma maneira lógica e não simplesmente escolheu as exceções sem nenhum critério. Assim, a partir da análise dos regimes de bens que foram escolhidos para serem exceções à regra geral é possível perceber que a lógica contida no dispositivo legal é: “o cônjuge herda onde não meia”⁶⁷. Dessa maneira, a concorrência sucessória só pode ocorrer em relação aos bens particulares.

CONCLUSÃO

A posição do cônjuge supérstite no direito brasileiro melhorou muito com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. O cônjuge foi alçado à categoria de herdeiro necessário, o que lhe garante a proteção da legítima, ou seja, cinquenta por cento do patrimônio deve ser garantido para a sucessão dos herdeiros necessários e garante também que não seja retirado da sucessão, salvo nas hipóteses de indignidade e deserdação.

Além disso, no código civil de 1916, o cônjuge figurava na terceira classe da ordem de vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Já no código civil em vigor, o cônjuge faz parte da primeira classe, concorrendo com os descendentes; da segunda classe, concorrendo com os ascendentes e da terceira classe, de maneira isolada.

Dessa maneira, é possível notar o quanto a situação do cônjuge melhorou com a mudança do instituto legal. A proteção do cônjuge supérstite é uma tendência mundial. O direito brasileiro é, inclusive, mais avançado que o direito de muitos países em termos de direito sucessório do cônjuge, para o qual se busca o amparo econômico tendo em vista sua função central no instituto familiar.

No entanto, a norma que propõe a ordem sucessória no direito brasileiro, qual seja o art. 1.829, I do CC/02 possui uma péssima redação, fazendo surgir diversas interpretações. É fato inegável que se buscou a proteção do cônjuge ao colocá-lo nas duas primeiras classes em concorrência com os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Porém, a norma em questão não tem a melhor técnica legislativa, como bem observa Sílvio Venosa:

“De qualquer modo, era mesmo tempo de se colocar o cônjuge como herdeiro necessário. O presente Código o faz, embora em redação canhestra, concorrendo o cônjuge com descendentes e ascendentes em

⁶⁷ Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. In: TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 174.

porcentagens diversas, dependendo do grau e do número de herdeiros o que talvez ainda não seja a fórmula ideal⁶⁸.

O art. 1.829, I do CC/02 peca por ser casuístico demais, tentando abarcar todas as hipóteses de sucessão envolvendo os regimes de bens que podem ser escolhidos no casamento. O grande problema é que esse casuísmo todo não conseguiu abarcar todas as situações fáticas existentes, o que gerou grandes debates doutrinários e divergências jurisprudenciais.

Para a resolução do problema, Flávio Tartuce⁶⁹ propõe a volta ao sistema sucessório presente no Código Civil de 1916, ou seja, o cônjuge figurando na terceira classe, após os descendentes e ascendentes, sucessivamente. Essa opinião visa privilegiar a simplicidade e se coadunar com a realidade social dos tempos modernos, a qual seria marcada por uma efemeridade dos casamentos. Destaca ainda que no momento em que os códigos civis português e italiano (inspirações ao Código Civil brasileiro) entraram em vigor e em que o Código Civil brasileiro começou a ser pensado a concepção que vigorava era de um casamento com duração pra toda a vida, até que a morte separasse os cônjuges, diferente do que ocorre ultimamente.

Destarte, tal solução é conservadora demais e ignora os avanços que o cônjuge supérstite, merecidamente, conseguiu devido sua real importância na família. Ademais, não interessa se a concepção mudou de casamentos com dissolução apenas pela morte para casamentos mais efêmeros, o que importa é que o cônjuge só terá direito sucessório se a dissolução do casamento ocorrer em decorrência da morte do autor da herança. De todo modo, continua havendo uma intensa comunhão de vida para que haja o direito à herança.

Críticas também são feitas no sentido de que não faz sentido estabelecer diferenças na concorrência sucessória a depender se esta ocorre com os descendentes ou com os ascendentes. Isso porque o inciso primeiro do art. 1.829 do CC/02, que trata da concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, o faz de maneira casuística determinando os moldes em que a concorrência ocorrerá a partir do regime de bens escolhido no casamento. Já o inciso segundo desse mesmo artigo, que trata da concorrência sucessória entre o cônjuge e os ascendentes, o faz de maneira ampla sem associar ao regime de bens, ou seja, não interessa o regime de bens escolhido pelo casal, o cônjuge sempre concorrerá com os ascendentes.

⁶⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. In: MOLEDO, André Luiz de Saboya. **A concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens**. Revista do Curso de Direito da Facha. Rio de Janeiro, p. 61. Disponível em: <http://www.facha.edu.br/pdf/revista-direito-4/artigo3.pdf>.

⁶⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ªed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v. 6. p.169.

No entanto, é possível entender o legislador nesse ponto tendo em vista que buscou privilegiar a proteção dos descendentes, que são, simbolicamente, uma parte viva do autor da herança, como bem observa Gilselda Hironaka:

“Permanece absolutamente viva a afirmativa segundo a qual *amor primum descendit, deinde ascendit*, fórmula usada para exprimir a sensação da sociedade no sentido de que os descendentes devem compor sempre o grupo por primeiro chamado a herdar, pois o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua constituição física, de sua estrutura moral, e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida para com o outro genitor, quiçá sobrevivido à sua morte”⁷⁰.

Então, a melhor solução para o problema seria um projeto de lei propondo a alteração do art. 1.829, I do CC/02. Essa alteração consistiria em trocar as exceções legais à concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, que são associadas ao regime de bens, por quais bens deve ocorrer a concorrência. Isto é, o “quando concorre” que está previsto na lei deve ser substituído por “em que concorre”.⁷¹

Considerando que o novo código visa evitar o desamparo econômico do cônjuge, objetivo que será realizado mediante meação ou herança, e que prevalece a lógica contida na frase de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, segundo a qual “o cônjuge herda onde não meia”⁷², o cônjuge deve concorrer em relação aos bens particulares do autor da herança. Isso porque em relação a esses bens não há meação.

Deve-se apenas excepcionar da regra geral o regime da separação legal de bens, porque tal regime é decorrente de uma imposição legal como forma de punição/sanção àqueles que não observaram as causas suspensivas da celebração do casamento ou como forma de proteção daqueles que dependem de suprimento judicial e dos maiores de setenta anos. Dessa forma, a lei visa proteger os menores e idosos de serem vítimas de golpes. Assim, buscando privilegiar o espírito da lei, a separação legal deve ser uma exceção à concorrência sucessória.

Essa solução é a maneira mais justa de abarcar todas as hipóteses possíveis sem condicionar ao regime de bens escolhido no casamento haja vista as seguintes ponderações: no regime da comunhão universal de bens, o cônjuge estará amparado economicamente pela

⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 93.

⁷¹ LUNARDI, Fabrício Castagna. **A Concorrência do Cônjuge com os Descendentes na Sucessão Legítima: Em Busca da Melhor Interpretação**. Repertório de Jurisprudência IOB, v.III, p. 345.

⁷² Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. In: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 174.

meação (maioria dos casos), mas pode ser que o único bem restante seja um bem particular como aqueles abarcados pelo art. 1.668 do CC/02 (bem gravado com cláusula de incomunicabilidade, por exemplo); no regime da separação legal de bens (exceção à regra geral), não há direito à herança; no regime da separação convencional de bens, o cônjuge herdaria em relação a todos os bens, tendo em vista que todos os bens são particulares e não há meação; no regime da comunhão parcial de bens, há meação em relação aos bens comuns e direito à herança em relação aos bens particulares, se houver; no regime da participação final dos aquestos, ocorre a concorrência sucessória nos mesmos moldes da comunhão parcial de bens devido a proximidade dos regimes; e, por fim, no caso dos regimes mistos, haverá a avaliação de quais bens são particulares e quais não são para aferir a possibilidade de herança.

Dessa maneira, a melhor redação do art. 1.829, I do CC/02 seria: aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente em relação aos bens particulares do autor da herança, salvo na hipótese do casamento ter ocorrido sob o regime da separação legal de bens.

Importante ressaltar que toda a celeuma causada entre os doutrinadores e na jurisprudência teria sido evitada se a proposta de Clóvis Beviláqua tivesse sido aprovada. O jurista propôs para o Código Civil de 1916 que os descendentes figurariam na primeira classe da ordem sucessória (art. 1771), entretanto, o cônjuge não divorciado (equivalente ao desquite, ou seja, separação judicial) teria direito a uma porção de bens igual à de um filho, sempre que o regime patrimonial não lhe desse direito à meação de todos os bens ou somente dos adquiridos (art. 1774). Todavia, o projeto era inovador demais para a época e não prosperou.⁷³

No entanto, enquanto essa ideia não é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, cabe a aplicação do dispositivo legal mediante a interpretação jurisprudencial. Infelizmente, o STJ, órgão responsável constitucionalmente pela uniformização da jurisprudência, contribuiu para o aumento da insegurança jurídica tendo em vista que por anos proferiu decisões totalmente divergentes a respeito da matéria. Contudo, em recentes decisões, uniformizou a jurisprudência em relação à separação convencional de bens e à comunhão parcial de bens, diminuindo para esses casos a injustiça causada pela má redação do dispositivo legal.

⁷³ Cf. NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 60-61.

O regime da separação convencional de bens era um dos pontos de maior debate na doutrina e jurisprudência porque a prescrição do artigo legal excepciona da regra de concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes o cônjuge que tenha casado com o falecido no regime da separação obrigatória de bens. Assim, surgiram duas correntes: i) a expressão separação obrigatória abrange tanto a separação legal de bens quanto a separação convencional e ii) a expressão separação obrigatória abrange apenas a separação legal de bens.

O STJ uniformizou a jurisprudência no sentido de que a expressão separação obrigatória é sinônimo de separação legal de bens, logo, a separação convencional de bens não é exceção à regra geral da concorrência sucessória. Esse é o entendimento mais acertado tendo em vista a lógica contida no código, segundo a qual o “o cônjuge herda onde não meia”⁷⁴. Nesse caso, o cônjuge herda em relação a todo acervo hereditário, tendo em vista a ausência de meação.

O segundo ponto que gerava um imenso debate na doutrina e jurisprudência era o regime da comunhão parcial de bens. Em relação a esse regime havia duas questões centrais no que tange à concorrência sucessória. A primeira questão era sobre quando ocorreria a concorrência sucessória (quando houvesse bens particulares ou quando não houvesse) e a segunda questão é relativa a quais bens a concorrência sucessória envolveria (bens particulares, bens comuns ou todo o acervo hereditário).

O STJ uniformizou a jurisprudência no sentido de que no regime da comunhão parcial de bens há a concorrência sucessória em relação aos bens particulares, logo, a primeira questão também foi respondida, pois só haverá direito à concorrência sucessória se houver bens particulares. Esse entendimento também preserva a lógica contida no código, buscando sempre o amparo econômico do cônjuge que terá direito a herança referente aos bens sobre os quais não houve meação.

Em relação aos outros regimes de bens não há muitas controvérsias na jurisprudência. No regime da participação final nos aquestos, a jurisprudência entende que há concorrência sucessória apenas em relação aos bens particulares como ocorre na comunhão parcial de bens devido a semelhança entre os dois regimes. Nos regimes de bens atípicos/mistos, a solução mais plausível é aproximar o regime misto aos regimes já existentes e assim definir se haverá direito à herança.

⁷⁴ Godoy, Cláudio Luiz Bueno de. In: TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões**. 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6, p. 174.

No regime da comunhão universal de bens, entretanto, há uma injustiça que não é possível suprir com a interpretação à lei. Isso porque esse regime é uma das exceções legais à concorrência sucessória não podendo o intérprete decidir de maneira contrária à lei. Ocorre que se a intenção da lei era privilegiar o cônjuge supérstite promovendo seu amparo econômico, tal objetivo pode não ser alcançado em determinados casos concretos. No caso de só haver bens particulares do autor da herança, por exemplo, o cônjuge não terá meação e nem herança. Assim, a mudança do artigo legal é o único meio de se alcançar o objetivo da lei – amparo econômico ao cônjuge supérstite – de modo a abarcar todas as situações fáticas possíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1939, v.6.

CAHALI, Francisco José. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014.

COELHO, Henrique Ferreira. **A sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional**. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. São Paulo, 2015. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12213/1/2016_HenriqueFerreiraCoelho.pdf.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2011, p. 167-168.

DIAS, Maria Berenice. **Ponto e vírgula**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4177/ponto-e-virgula>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105-106.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Nova Ordem de Vocação Hereditária e a Sucessão dos Cônjuges**, RT, 815, São Paulo, Set. 2003.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **A Concorrência do Cônjuge com os Descendentes na Sucessão Legítima: Em Busca da Melhor Interpretação**. Repertório de Jurisprudência IOB, v.III.

MOLEDO, André Luiz de Saboya. **A concorrência do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens.** Revista do Curso de Direito da Facha. Rio de Janeiro, p. 63 e 64. Disponível em: <http://www.facha.edu.br/pdf/revista-direito-4/artigo3.pdf>.

NETO, Inácio Bernardino de Carvalho. **A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. **Direito das Sucessões.** Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. VI.

REALE, Miguel. **O Cônjuge no novo Código Civil.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1612,710430+conjuge+no+novo+Codigo+Civil>. Acesso em 15/04/16.

SALLES, Diana Nacur Nagem Lima. **Da vocação hereditária do cônjuge casado no regime convencional de separação de bens em concorrência com os descendentes.** Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Ano I – nº 2, set – out 2014.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **O regime da separação convencional de bens e a sucessão legítima: um novo capítulo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** XXIV Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), Aracaju-SE, Junho de 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>. Acesso em 20/05/16.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. **Direito das Sucessões.** 8ª ed. São Paulo: GEN/Método, 2014. v.6.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado,** Ed. Atlas, São Paulo, 2010.