

**UNIEURO – CENTRO UNIVERSITÁRIO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

SANDRA REGINA CASTRO DA SILVA

**AS DIVERSAS INTERPRETAÇÕES DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO
CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE
BENS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**BRASÍLIA, DF
2013**

SANDRA REGINA CASTRO DA SILVA

**AS DIVERSAS INTERPRETAÇÕES DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO
CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE
BENS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, submetido ao Núcleo de Trabalho de Conclusão de Curso (NTCC) do Curso de Direito do Centro Universitário – UNIEURO, como requisito obrigatório para obtenção do grau de Bacharelado.

ORIENTADOR: Professor Msc. Nilson Disconzi da Silva

**BRASÍLIA, DF
2013**

SANDRA REGINA CASTRO DA SILVA

**AS DIVERSAS INTERPRETAÇÕES DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO
CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE
BENS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

**Monografia apresentada ao Centro
Universitário – UNIEURO, como parte
dos requisitos para obtenção do título
de Bacharel em Direito.**

Aprovado em ____/____/2013

BANCA EXAMINADORA

Professor Msc. Nilson Disconzi da Silva

Orientador

UNIEURO

Professor(a) Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

Dedico este trabalho, em primeiro lugar, a DEUS, que me proporcionou esta conquista; a meus filhos João Pedro Castro Mendonça e Ana Luíza Castro Mendonça, ao meu esposo Márcio Antonio Mendonça, pela paciência e compreensão; aos meus pais e minha irmã, que sempre me incentivaram nos estudos e acreditaram no meu sucesso; aos professores do Curso de Direito do Unieuro que trilharam comigo esta caminhada, e em especial, ao meu orientador Professor Msc. Nilson Disconzi da Silva.

AGRADEÇO a Deus, pois sem Ele nada seria possível, aos meus filhos João Pedro e Ana Luíza pela paciência e compreensão em razão das minhas ausências durante o curso; ao meu cônjuge Márcio Antônio pela compreensão e por suprir a minha ausência nos momentos em que se fizeram necessários; aos meus pais Maria Auxiliadora e Juracy Roberto que sempre acreditaram em mim e me incentivaram a prosseguir nos estudos; a minha irmã Rosely, que me apoiou e não me deixou desanimar; aos meus colegas, que de alguma forma contribuíram nessa minha caminhada, ao professor Expedito Júnior, que não mediu esforços para me ajudar a iniciar esse trabalho.

“Para tudo há um tempo, para cada coisa há um momento debaixo dos céus: tempo para nascer, e tempo para morrer; tempo para plantar, e tempo para arrancar o que foi plantado; tempo para matar, e tempo para sarar; tempo para demolir, e tempo para edificar; tempo para chorar, e tempo para rir; tempo para gemer, e tempo para dançar; tempo para atirar pedras, e tempo para ajuntá-las; tempo para dar abraços, e tempo para apartar-se. Tempo para procurar, e tempo para perder; tempo para guardar, e tempo para jogar fora; tempo para rasgar, e tempo para costurar; tempo para calar, e tempo para falar; tempo para amar, e tempo para odiar; tempo para a guerra, e tempo para a paz.” Ecl 3,1-8.

RESUMO

SILVA, Sandra Regina Castro da. **As diversas interpretações da sucessão legítima do cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens à luz do Código Civil de 2002**. 2013. 57 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – Centro Universitário – UNIEURO, Brasília/DF.

O presente trabalho apresenta uma reflexão concernente à sucessão do cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes, nos termos do art. 1.829, I, do novo Código Civil – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, abrangendo as divergências entre doutrina e jurisprudência. Após mais de 10 anos de vigência do novo Código Civil ainda não se chegou a um consenso referente à exegese do aludido artigo da lei. A discussão apresentada leva à consideração ou não, de se alterar o dispositivo em comento devido à sua intrincada redação. A pesquisa feita, a partir de diferentes posicionamentos de ilustres doutrinadores e colendos tribunais do país, conduz à necessidade de mudança na lei ou de uniformização da jurisprudência, por se tratar de um tema que envolve toda a sociedade, jurisdicionados, operadores do direito, docentes e discentes do curso de Direito, motivo de insegurança jurídica em razão da dissidência no tocante à interpretação do artigo.

Palavras-chave: Código Civil – Lei 10.406/2002; Direito das Sucessões; Sucessão do cônjuge; Regime da comunhão parcial de bens, Divergências.

ABSTRACT

SILVA, Sandra Regina Castro da. **The various interpretations of succession of legitimate spouse married in partial community of property regime under Civil Code of 2002.** 2013. 57 sheets. Work for Law School Conclusion - University Center – UNIEURO, Brasília/DF.

This study presents a reflection about the succession of spouse married under the partial community of property regime in a dispute with the descendants, according to art. 1829, I, the new Civil Code - Law nº 10406 of January 10, 2002, covering the differences between doctrine and jurisprudence. After more than 10 years of the new Civil Code has not yet reached a consensus regarding the exegesis of the aforementioned article of the law. The discussion takes into account the possibility of a change in the legal device under discussion because of its intricate writing. The research, from different positions of distinguished legal specialists and courts of the country, leads to the need for change in law or jurisprudence standardization, because it is an issue that involves the entire society, jurisdictional, legal professionals, Law teachers and students, reason of legal uncertainty due to the dissent regarding the article interpretation.

Keywords: Civil Code – Law n. 10.406/2002; Law of Succession; Succession of the consort; Regime of partial property ruling. Divergences.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 HISTÓRICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	11
2.1 EVOLUÇÃO.....	11
2.2 CONCEITO.....	14
2.3 IMPORTÂNCIA (A FORÇA DO PAPEL ESTATAL).....	17
2.4 ASPECTOS LEGAIS.....	18
3 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE.....	21
3.1 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE ANTES DA LEI 10.406/2002.....	21
3.1.1 Direitos.....	21
3.1.2 Ausência de inclusão do cônjuge como herdeiro necessário.....	25
3.1.3 Doutrina e jurisprudência.....	26
3.2 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE APÓS A LEI 10.406/2002.....	28
3.2.1 Direitos.....	28
3.2.2 Inclusão do cônjuge como herdeiro necessário.....	33
4 AS DIVERSAS INTERPRETAÇÕES DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	35
4.1 ASPECTOS GERAIS.....	35
4.2 PRIMEIRA CORRENTE.....	37
4.3 SEGUNDA CORRENTE.....	40
4.4 TERCEIRA CORRENTE.....	42
4.5 QUARTA CORRENTE.....	45
4.6 POSICIONAMENTO DO ALUNO.....	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como escopo analisar o Direito Sucessório do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens, à luz do Novo Código Civil pátrio de 2002, em concorrência com os descendentes, uma vez que doutrina e jurisprudência divergem no tocante ao direito de herança.

Instituto do Direito de Família, o regime da comunhão parcial de bens passou a ser considerado o regime legal de bens no Brasil desde o advento da Lei n. 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, no que fora recepcionado pelo Código Civil de 1916 e mantido no atual Código de 2002 e por esta razão, é o preferido pelos consortes nos casamentos brasileiros.

Disposta no art. 1.829, I, da Lei 10.406 de 2002, a sucessão do cônjuge casado sob o regime em questão encerra grande celeuma e encontra diversas interpretações por parte dos operadores do direito concernente aos bens particulares e aqueles adquiridos na vigência do casamento, dadas as impropriedades na redação do dispositivo de lei que trata dessa sucessão.

Diante da necessidade de se interpretar o aludido artigo por parte da doutrina e jurisprudência e as diversas correntes que se apresentaram, surgiu-se o seguinte questionamento: A incongruência da redação do artigo 1.829, I, do CC/02 e o surgimento de diversas correntes na doutrina e jurisprudência brasileiras acerca da interpretação da sucessão do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens ofendem o princípio da segurança jurídica?

Para melhor compreensão sobre o tema, o segundo capítulo discorre a respeito da evolução do direito das sucessões em diversos países, sua importância para o Estado e evolução legislativa.

Na sequência, o terceiro capítulo traça um paralelo do processo progressivo desse direito no Ordenamento Jurídico Brasileiro positivado no Código Civil de 1916 e no atual Código Civil de 2002.

Nesse comparativo, disserta-se sobre os avanços obtidos pelo consorte no direito das sucessões no decorrer dos tempos, abordando o posicionamento de ilustres doutrinadores e dos tribunais.

O quarto capítulo refere-se, especificamente à sucessão do cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes;

as incongruências da lei que geraram divergências doutrinárias, jurisprudenciais e as diversas correntes acerca da interpretação do art. 1.829, I, do Código Civil. Este capítulo encerra com o posicionamento do aluno sobre as diversas exegeses apresentadas.

O Código Civil de 2002, com a intenção de sanar algumas injustiças em relação ao cônjuge e de garantir-lhe melhores condições de sobrevivência, inovou com a inclusão daquele como herdeiro necessário e no direito de concorrência com os descendentes e ascendentes do *de cujus*.

Porém, talvez pela redação rebuscada do dispositivo legal, confundiram-se os Institutos da Herança, do Direito Sucessório, com o da Meação, do Direito de Família, os quais não se misturam e, por conseguinte, dissente a doutrina sobre as hipóteses em que incidiria o direito de concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes, ou melhor, não se sabe ao certo quais os bens se comunicariam e quais não se comunicariam em razão do falecimento de um dos consortes, motivo de insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Portanto, pretende-se com o presente Trabalho de Conclusão de Curso reunir os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais difundidos acerca da interpretação do art. 1.829, I, do Novo Código Civil, utilizando-se do método dedutivo, de modo a se buscar um entendimento mais justo, equânime e que mais se aproxime da intenção do legislador de dar maior proteção patrimonial ao consorte supérstite.

2 HISTÓRICO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

2.1 EVOLUÇÃO

A origem do Direito Sucessório é remota. Surgiu quando o homem deixou de ser nômade. Desde essa época, a sociedade se estruturou em famílias e individualizou-se a propriedade, posto que, anteriormente somente existia a propriedade coletiva, em que núcleos sociais eram os titulares dos bens e a morte de uma pessoa não alterava a situação jurídica do patrimônio comum.

Nas antigas civilizações, a sucessão hereditária fundamentava-se exclusivamente na religião, servindo-se como mecanismo de cultuar a memória dos antepassados e de perpetuar a religião dos falecidos.

Como bem salienta Pereira (2011, p.4),

Originariamente, não se cogitou de herança ou de sucessão *causa mortis*. Pertencendo os bens ao grupo e não ao indivíduo, a morte de uma pessoa não lhe alterava o *status* jurídico. Com o caráter *familiae* da propriedade, desenvolveu-se a ideia de continuação (sucessão) do novo chefe do grupo nos bens que se achavam sob a direção do chefe pré-morto. A ideia de sucessão somente veio a ganhar corpo com a propriedade individual. E é necessariamente correlata dos conceitos de família e de culto, presentes e unidos na Cidade Antiga. A concepção religiosa exigia que tivesse o defunto um continuador de seu culto, que lhe fizesse sacrifícios propiciatórios, e lhe oferecesse o banquete fúnebre. Antes, pois, de ser econômico, o fundamento da sucessão por causa de morte foi religioso: os bens transmitiam-se do defunto ao herdeiro como instrumento propiciatório aos deuses domésticos, e bem assim como o meio de continuar na descendência a religião dos antepassados.

Venosa (2013, p. 2) ressalta que uma das características fundamentais do direito clássico era a de que o herdeiro substituíria o falecido em todas as relações jurídicas, inclusive naquelas não relacionadas com patrimônio, mas com a religião.

De acordo com esse autor (2013, p.2), no Direito Romano, o sucessor *causa mortis* seria o continuador do culto familiar, consequência necessária de sua condição de herdeiro, sendo que, a aquisição da propriedade fora do culto seria exceção. Cada religião familiar era própria e específica de cada família, independente do culto geral da sociedade e a extinção da religião era impedida pelo romano por meio da adoção e do testamento. E desse modo, a sucessão só ocorria na linha masculina, pois, a filha não daria sequência ao culto, posto que com seu casamento renunciaria à sua religião para assumir a do seu esposo. Nesse direito,

como no Direito Grego, admitiam-se duas formas de sucessão: com ou sem testamento, porém, a sucessão testamentária era a regra e por meio da adoção e do testamento, impedia-se que se extinguisse a religião. Todavia, o testamento fora conhecido em Roma somente na era clássica, sendo desconhecido nos primórdios da história romana.

Ressalta esse doutrinador (2013, p.3), que havia ainda, além do interesse religioso na sucessão hereditária, o interesse dos credores do defunto que teriam os herdeiros para saldarem a dívida, uma vez que o patrimônio destes unia-se ao do falecido e na ausência dos herdeiros, não fosse a questão religiosa, os credores poder-se-iam apossar dos bens do morto, vendendo-os na sua totalidade.

Conforme destacado por Gomes (2012, p.4), o conhecimento da evolução histórica do Direito das Sucessões tem interesse a partir do Direito Romano, pois no Direito das XII Tábuas, o *pater famílias* tinha total liberdade de dispor dos seus bens posteriormente à morte, porém, caso falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia a três classes de herdeiros na ordem: *Sui*, *agnati* e *gentiles*. Sendo que, *Heredes Sui et necessarii* eram os filhos sob o pátrio poder, a mulher *in manu*, *quia filiae loco est* e outros parentes sujeitos ao *de cuius*. Na classe dos *sui*, todos os filhos herdavam, sem distinção de sexo e o patrimônio deles confundia com o do *de cuius*. Com a inexistência daquele grupo eram chamados à sucessão os *agnati*, ou seja, as pessoas sob o mesmo pátrio poder ou que a ele se sujeitariam se o *pater famílias* não estivesse morto. Eram as pessoas da mesma família, do sexo masculino. Assim, a herança não seria deferida a todos os agnados, mas ao mais próximo no momento da morte. E por fim, chamados os *gentiles*, que seriam os membros da mesma *gens*, agnados mais afastados ou presumidos agnados. Bastava possuir o mesmo nome de família e do mesmo culto doméstico para serem considerados parentes do falecido.

A partir daí, elucida Gomes (2012, p.4), que se evoluiu para o *Direito pretoriano*, o qual admitia quatro ordens de sucessíveis, mas somente no *Direito justinianeu* que a sucessão legítima passou a se fundar no parentesco natural, cuja ordem de vocação hereditária compreendia os descendentes; os ascendentes, juntamente com os irmãos bilaterais; os irmãos consanguíneos e por fim, os demais parentes colaterais e o cônjuge sobrevivente, por sucessão irregular, recolhida a herança se faltassem todos os herdeiros. Destarte, a *lex Julia et Papia Poppea* prescreviam o direito do Estado à sucessão, caso ocorresse a vacância. No *Direito*

germânico primitivo a sucessão se baseava na *compropriedade familiar*, sendo que, primeiramente viriam os filhos varões seguido dos irmãos do falecido, tios paternos e maternos.

Monteiro (2010, p.2) ressalta as injustiças sociais, como o direito sucessório preferencial aos varões com exclusão das filhas que não herdavam ou em virtude de determinação legal, de renúncia, que se lhes impunha, forçadas à aceitação de um simples dote, ou ainda, pelo direito de primogenitura, que privilegiava o varão, com exclusão dos demais filhos, inclusive os do sexo masculino.

E desse modo, cita o referido doutrinador (2010, p. 2) como exemplo, a Lei Sállica, que contemplava apenas os varões e a Lei Vocônia, que vigorara no direito romano e privava as mulheres de capacidade testamentária passiva. Modernamente, esta desigualdade entre os sexos subsiste na Escócia, na Sérvia e no Direito Islâmico.

Nas palavras deste autor (2010, p. 3), o direito francês estabelecia regimes diversos para a transmissão hereditária de fundos nobres e plebeus e cada região possuía um direito de herança próprio, até que surgira o Código de Napoleão para uniformizá-lo. No velho Direito Germânico não existia a sucessão testamentária, predominando a concepção de que os herdeiros seriam feitos por Deus e somente aqueles vinculados pelo sangue seriam verdadeiros e únicos herdeiros. Esta ideia permanece ainda no Direito Alemão.

Ressalta Monteiro (2010, p. 3) que na Inglaterra antes de 1925, existiam mais de cem ordens diversas de sucessão, distinguindo-se duas modalidades, quais eram: a real e a pessoal. Ademais, o antigo direito sucessório contemplava numerosas causas de deserdação, imbuído do propósito de fortalecer a autoridade paterna.

E assim, discorre o doutrinador (2010, p. 4) que a ordem de vocação hereditária, que no direito antigo era limitada, foi sofrendo restrições a partir do Código Napoleão, ao direito italiano, românico, belgíco, países escandinavos, russo e brasileiro, que no Código de 1916 restringira para o 6º grau e posteriormente, por força do Decreto-lei n. 9.461 de 1946, para o 4º grau, na linha colateral ou transversal. O que fora mantido pelo atual Código de 2002.

Em síntese, segundo a ilustre doutrinadora Dias (2013, p. 29), historicamente a sucessão sempre se operou na linha masculina com a justificativa de que a filha não daria seguimento ao culto familiar, pois ao se casar adotaria a

religião do marido. Na Idade Média, a sucessão se operava ao filho mais velho, para evitar a divisão dos feudos, o que caracterizaria também a existência de injustos privilégios entre os filhos homens, o que fora denominado de direito de primogenitura, onde o patrimônio transmitia-se ao primeiro filho homem para garantia da integralidade do patrimônio familiar e os demais filhos permaneciam subordinados social e economicamente ao irmão mais velho, herdeiro de todo o patrimônio.

Destacou esta autora (2013, p. 30) que, no Brasil, o Código Civil de 1916 reproduzira o modelo da sociedade do início do século passado e desse modo, reconhecia como família exclusivamente aquela constituída por meio do casamento, indissolúvel. E assim, como mecanismo de se assegurar a integridade da família e do patrimônio familiar não se admitia o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento ou “ilegítimos”, o que foi se abrandando com o decorrer dos tempos, sendo esta discriminação completamente banida do ordenamento brasileiro com a atual Constituição de 88, pois atualmente, o direito das sucessões inovou-se, ao influxo de ideias mais justas e generosas.

Diante do exposto, depreende-se da doutrina, que a evolução histórica do direito das sucessões nas diversas nações está relacionada aos aspectos históricos, de como se organizavam social e politicamente.

A existência no Direito Romano de duplo aspecto sucessório: a família e o patrimônio, em que a liberdade de testar estava relacionada à administração da família, serviu de modelo a outros países, tendo o direito canônico influenciado o instituto da representação, presente em nossa legislação atual.

Desse modo, à medida que a família se transforma, o direito sucessório acompanha essa evolução, assegurando maior proteção aos membros daquela, visando tutelá-la de forma a se evitar tratamentos discriminatórios como os ocorridos na sociedade passada.

2.2 CONCEITO

Após a compreensão da origem e evolução do direito sucessório, faz-se necessário a compreensão do termo sucessão, objeto de estudo do presente trabalho.

O termo “sucessão”, para Gama (2007, p. 3), em sentido amplo significa o ato pelo qual alguém assumiria o lugar de outro, numa relação jurídica, passando a ocupar a posição jurídica deixada por aquele. Em sentido estrito, implicaria a ideia de transferência do patrimônio deixado por alguém por ocasião de sua morte, a denominada sucessão *causa mortis*, ressaltando que no período histórico contemporâneo esta sucessão não se restringe a situações jurídicas patrimoniais, abrangendo outras situações como: eventual reconhecimento de filhos em testamento, transmissão *mortis causa* de alguns direitos morais do autor de obra científica, artística ou literária, entre outras.

Dessume-se, por conseguinte o conceito de sucessão, em sentido amplo, como a transferência de titularidade de determinados bens de uma pessoa para outra e no sentido estrito, representaria a passagem dos bens, direitos e obrigações em razão do falecimento do seu titular.

No Direito das Sucessões, na visão de Rizzardo (2013, p.2), o vocábulo é empregado no sentido estrito, ou seja, a sucessão *mortis causa*, em que, por ocasião da morte, se transmitem o patrimônio do defunto para outrem.

Nesse sentido, infere-se que o Direito das Sucessões se trata do ramo do direito civil, parte especial que disciplina a destinação dos bens do falecido, a transmissão do patrimônio do *de cuius* a seus sucessores.

Como bem definido por Maximiliano (1964, p. 19), no sentido objetivo, o direito das sucessões seria o conjunto de normas que regularia a transmissão de bens em consequência da morte; e no sentido subjetivo seria o direito de suceder, de receber o acervo hereditário.

Para Diniz (2013, p. 26), no aspecto subjetivo, seria o direito em virtude do qual alguém recolheria os bens da herança e no objetivo, indicaria a universalidade dos bens do falecido que ficaram com seus direitos e encargos, sendo assim, a doutrina atribui à sucessão duplo sentido jurídico. Com a transmissão de bens, direitos e obrigações decorrentes do falecimento de alguém, os sucessores passam a ter a mesma relação jurídica do autor da herança.

Acrescenta esta ilustre doutrinadora (2013, p. 31) que a sucessão *mortis causa* pode dar-se a título universal e singular, sendo que a primeira caracteriza-se pela transmissão do patrimônio na sua totalidade ou quota-parte deste, podendo ocorrer tanto na sucessão legítima como testamentária; a segunda, pela transferência de um bem certo e determinado, derivada unicamente de testamento.

Aquele que sucede a título universal é denominado herdeiro e a título singular, legatário.

E assim, discorre a autora (2013, p.28) que quando a sucessão ocorre em virtude de lei é denominada legítima ou legal e não pode ser afastada pela mera manifestação de vontade de seu autor. Quando derivar de ato de última vontade do falecido, denomina-se testamento ou codicilo, praticado na forma e condições previstas em lei, é denominada testamentária. Essas duas são espécies de sucessão, que podem ocorrer por lei ou por testamento.

Sobre essa questão, salienta Monteiro (2010, p. 9) que o atual direito das sucessões resultou da fusão do direito romano e do antigo direito germânico, o primeiro, prestigiando o testamento, com ampla liberdade para testar e abrangendo a totalidade do acervo e outro, ignorando o testamento, atribuindo a herança aos legítimos herdeiros do *de cuius*.

O acervo hereditário, universalidade dos bens do falecido, recebe o nome de espólio em âmbito judicial, o qual poderá ser representado em juízo, ativa e passivamente, nos termos do art. 12, V do CPC, porém, não dotado de personalidade jurídica, cuja existência é transitória.

Explana Diniz (2013, p.41) que são pressupostos da sucessão *mortis causa*, o falecimento de alguém, titular do patrimônio; e a vocação hereditária, ou seja, aqueles chamados a suceder o *de cuius*, a recolher o patrimônio deixado por ele, denominado de herança, a qual seria o conjunto de bens que constituía o patrimônio do falecido (direitos, obrigações, créditos, débitos).

No ponto, a autora (2013, p.30) ressalta que não se deve falar em herança ou herdeiro enquanto o autor do patrimônio estiver vivo, pois o novo Código Civil, em seu artigo 426 veda o pacto sucessório, ou seja, a contratação de herança de pessoa viva.

Desse modo, tem-se que para fins do presente trabalho, emprega-se a palavra sucessão no sentido estrito para designar apenas a transferência da herança ou legado, por ocasião da morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, que poderá se dar por força de lei, ou em virtude de testamento.

2.3 IMPORTÂNCIA (A FORÇA DO PAPEL ESTATAL)

Conforme abordado anteriormente, o direito das sucessões busca de alguma forma, tutelar a família. Há, inclusive, quem defenda que esteja contido no direito de família.

A importância do direito hereditário, nos dizeres de Monteiro (2010, p.8) estaria relacionada à função social que desempenha, por meio da transmissão de bens, conservando unidades econômicas a serviço do bem comum.

Dissente esse autor (2010, p.7) de alguns doutrinadores que defendem que o fundamento deste ramo do direito repousaria na continuidade da vida humana através das várias gerações, o que se traduziria em uma sequência da hereditariedade biopsicológica entre ascendentes e descendentes.

Pontua o ilustre doutrinador (2010, p. 7) que a sequência da vida humana subsistiria sem o referido instituto e que essa concepção não explicaria a sucessão entre cônjuges, colaterais e entre o *de cuius* e o Estado, mas tão somente, entre ascendentes e descendentes.

Para Diniz (2013, p 19), o fundamento do direito das sucessões seria a propriedade, conjugada ou não com o direito de família, daí a se afirmar que teria sua razão de ser nesses dois institutos combinados: a propriedade e a família. Assegura que a propriedade não existiria se não fosse perpétua, caso se extinguisse com a morte do respectivo titular, deixaria de ser propriedade para ser mero usufruto.

Monteiro (2010, p. 8) assevera que a sociedade tem o maior interesse na perpetuação da herança e destaca a atual Constituição Federal de 1988, que garantiu o direito de herança, insculpido em seu art. 5º, XXX.

A garantia estatal advém do fato de que a CF/88 adota a família como base da sociedade conferindo a ela proteção do Estado e ainda, da necessidade de se regulamentar as relações existentes *post mortem*.

Conforme se extrai da legislação e da doutrina, o direito sucessório possui íntima relação com outros ramos do direito, como: o tributário (para recolhimento de imposto específico *causa mortis*; imposto de renda do *de cuius*, multas, etc.); direito penal (nos casos de deserdação, indignidade e outros); direito previdenciário (aposentadoria e pensão); direito processual civil (inventário e partilha, petição de herança, herança vacante e jacente, etc).

Nader (2009, p. 444) preleciona que somente o Estado pode providenciar a efetiva transferência patrimonial após a morte de alguém, o que se faz perante o juiz ou o tabelião por meio do inventário.

Salienta Cahali (2012, p. 103) que iniciado o inventário, até mesmo de ofício pelo juiz, na ausência de provocação dos legitimados, pode-se declarar a herança jacente, que se dá quando o falecido não deixar herdeiros ou os herdeiros ainda não forem conhecidos. Nessa situação, o Estado providenciará a abertura da herança jacente, posto não ser interessante ao Estado manter o patrimônio do falecido abandonado, inclusive porque será aquele o titular da herança na falta de herdeiros legítimos ou testamentários, em benefício indireto da sociedade.

Ressalta Pereira (2011, p. 57) que essas situações de arrecadação de bens e processo de inventário em que o juiz poderá agir de ofício constituem exceção ao princípio da inércia do Poder Judiciário insculpido no art. 2º, do Código de Processo Civil.

Segundo se depreende das lições de Monteiro (2010, p. 105), no ordenamento jurídico brasileiro não se admite herança sem dono e o Estado torna-se sucessor decorrente do *jus successionis*, ou seja, na falta de outras pessoas sucessíveis, por lei ou testamento, herdaria o Estado obedecendo às razões de interesse público e social, atendendo às necessidades políticas, econômicas e jurídicas, em reconhecimento da colaboração prestada ao indivíduo na aquisição e conservação da riqueza, não permitindo de igual modo, que a massa dos bens deixados pelo falecido ficasse como *res nullius* ou como *res derelictae*.

Pelo exposto, nota-se a importância do papel estatal no direito sucessório, o qual regula as relações de transmissão de bens existentes entre o *de cujus* e os herdeiros ou legatários, inclusive na relação que o direito sucessório possui com os demais ramos do direito.

2.4 ASPECTOS LEGAIS

Como se depreende do tópico anterior, o Estado sempre exerceu forte influência no direito sucessório, prova disso é a existência de leis a regular a transmissão dos bens deixados pelo falecido.

Pereira (2011, p. 15) discorre, conforme salientado anteriormente, que o atual direito sucessório é resultado da fusão do direito romano com o antigo direito

germânico. Evidencia que com o alvará de 9 de novembro de 1754, alterou-se a sistemática da sucessão segundo a qual a posse civil dos bens do falecido passaria aos herdeiros desde o momento da abertura da sucessão, com todos os efeitos de posse natural. O que fora confirmado posteriormente, pelo Assento de 16 de fevereiro de 1776, que instituiu a transmissão imediata aos herdeiros até o décimo grau, desde que tivessem direito certo e indubitável à sucessão. Este alvará representa um marco importante na evolução do direito sucessório pátrio, eis que se deveu ao propósito de coibir abusos ocorrentes na tomada de posse de heranças abertas. Com a promulgação do Código Civil de 1916, assentou-se a doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade, o qual dispunha em seu art. 1.572: “*Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”.

Assinala o doutrinador (2011, p. 15) que este é o conceito do *droit de saisine*, que ainda vigora em nosso Novo Código Civil, no art. 1.784: “*aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”. Por este princípio a abertura da sucessão dá-se com a morte.

Entretanto, adverte Cahali (2012, p.12), o direito de herança, inserido no art. 5º, XXX, da CF/88 constitui garantia fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, assim como também é consagrado o direito de propriedade no referido artigo 5º, XXII.

Além desta importante disposição acerca do direito sucessório, a Carta Magna de 1988, no §6º, do art. 227, em atenção ao princípio da isonomia, assegurou a paridade de direitos entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, bem como por adoção, inclusive para o direito de herança.

E por fim, também no rol de direitos e garantias fundamentais, regulamentou o direito sucessório de bens de estrangeiros situados no País, nos termos do art. 5º, XXXI, da CF/88.

O Novo Código Civil inseriu o direito das sucessões em um livro próprio (Livro V) – artigos 1.784 a 2.017, e o subdividiu em quatro partes denominadas Títulos, conforme descrito por Cahali (2012, p. 25):

Título I – Sucessão em geral – que abrange normas no tocante à sucessão legítima e testamentária, referentes à transmissão, à aceitação, à renúncia da herança e à indignidade, ademais, abordou-se a sucessão decorrente da união estável.

Título II – Sucessão legítima – aquela decorrente da lei, que se refere à transmissão da herança às pessoas constantes da ordem de vocação hereditária, ou seja, quem será beneficiado quanto à destinação dos bens, em ordem legal, com o falecimento de alguém.

Título III – Sucessão testamentária – junto com a legítima, também se encontrava disposta no Código Civil de 1916, art. 1.573. A testamentária diz respeito à disposição de última vontade do falecido. Esse Título contém regras relativas à transmissão de bens, *causa mortis*, por ato praticado em vida pelo falecido, o qual dispõe sobre a destinação de seus bens para após a sua morte.

Título IV – Inventário e Partilha – engloba normas sobre o processo judicial por meio do qual se efetua a divisão dos bens entre os herdeiros, além daquelas sobre colações e sonegados, pagamentos de dívidas, garantia dos quinhões hereditários e anulação da partilha.

Por fim, no aspecto legal, tem-se que no ordenamento brasileiro, o direito sucessório encontra previsão não somente na CF/88 e no Código Civil, como também em leis esparsas, que dispõem a respeito.

3 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE

3.1 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE ANTES DA LEI 10.406/2002

3.1.1 Direitos

Após discorrer sobre a evolução do Direito sucessório de forma ampla, esse capítulo abordará especificamente a sucessão do cônjuge, traçando um paralelo do que se evoluiu até o novo código civil de 2002.

Conforme se extrai dos ensinamentos de Pereira (2011, p. 117), no Direito Romano, somente na última fase, a da Codificação Justianéia, foi que se permitiu à mulher suceder nos bens do cônjuge em concorrência com os filhos numa possibilidade de usufruto. No direito pátrio antigo, anterior ao Código de 1916, predominava a primazia dos colaterais, que eram chamados a suceder até o décimo grau. O cônjuge ocupava o quarto lugar na ordem de vocação hereditária após os colaterais. Posteriormente, com o advento da Lei n. 1.839 de 1907, denominada “Lei Feliciano Pena”, evoluíra-se a sucessão do cônjuge para a terceira posição, precedendo aos colaterais, a qual lhe era deferida na falta de descendentes e ascendentes. Esta ordem foi confirmada pelo Código Civil de 1916.

Consigna esse renomado doutrinador (2011, p. 117) que o direito sucessório brasileiro, tal como ocorrera no direito francês, baseara-se no parentesco e por esta razão, considerou-se por determinado tempo convocar o cônjuge depois dos colaterais. Injustiça esta que foi amenizada com a Lei Feliciano Pena e com o Código Civil de 1916.

Gomes (2000, p. 62) destaca que o direito atribuído ao cônjuge sobrevivente na sucessão do consorte variava conforme as condições em que se verificasse e assim, sucedia em propriedade, usufruto e habitação. Quando chamado a suceder na falta de descendentes e ascendentes, se ao tempo da morte do outro não estivesse dissolvida a sociedade conjugal, o cônjuge sobrevivente adquiria a herança na condição de proprietário dos bens, na sua totalidade, tendo como pressuposto dessa plena aquisição a ausência ou ineficácia de testamento, porquanto o outro consorte poderia dispor da totalidade dos seus bens, em ato de última vontade, independente do regime de casamento.

Caso fosse casado pelo regime da comunhão universal de bens, salienta Gomes (2000, p.63), recolhia por herança metade do acervo comum, visto que a outra metade já lhe pertencia pela meação, a qual seria conservada indivisa até a abertura da sucessão. Conquanto se casado pelo regime de separação de bens e com a existência de filho adulterino de outro cônjuge, nesse caso, por determinação legal, o consorte concorreria à sucessão do falecido, recolhendo a metade dos bens por ele deixados.

Nessa esteira, acrescenta o autor (2000, p.63) que o propósito desse preceito de lei fora o de equiparar o cônjuge casado pelo regime de separação de bens ao consorciado pelo de comunhão, a fim de prevenir injustiças decorrentes do reconhecimento de filho havido fora do casamento, desse modo, assegurara-lhe a propriedade dos bens como se fosse meação. Outrossim, de modo excepcional, alterou-se a ordem da vocação hereditária e o supérstite passara a figurar ao lado dos descendentes.

Ressalta o doutrinador (2000, p. 63) que em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, visando a proteção do viúvo/viúva que poderiam sem patrimônio próprio não possuir condições de sobrevivência, alteraram-se alguns artigos do Código Civil de 1916, entre eles os artigos 1579 e 1611 que passaram a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.579. Ao cônjuge sobrevivente, celebrado sôbre [sic] regime da comunhão de bens cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal.

§ 1º Se porém o cônjuge sobrevivente fôr [sic] a mulher, será mister, para isso que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela.

§ 2º Na falta de cônjuge sobrevivente, a nomeação de inventariante, recairá no co-herdeiro que se achar na posse corporal e na administração dos bens. Entre co-herdeiros a preferência se graduará pela idoneidade.

§ 3º Na falta de cônjuge ou de herdeiro, será inventariante o testamentário.

Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados.

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

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança,

o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

Como destaca Gomes (2000, p. 63), ao cônjuge sobrevivente, em algumas circunstâncias, fora deferido o direito a receber em usufruto, parte da herança do falecido, porém, gozavam desse direito, aqueles cujo casamento não se realizara pelo regime de comunhão de bens, e, por consequência, privilegiava aqueles cujo regime era o da separação de bens. O único pressuposto para a aplicação desse dispositivo era o de ser o regime de bens diverso do da comunhão, indiferente se o sobrevivente precisasse ou não de amparo para sua subsistência, embora tenha sido esse o móvel da alteração legislativa.

Ressai esse autor (2000, p. 64) que em caso de concurso com descendentes do falecido, o cônjuge sobrevivente, como legatário legítimo, teria direito ao usufruto que recairia sobre a quarta parte dos bens do morto e, recairia sobre a metade, caso existissem apenas ascendentes e a quota era calculada sobre todos os bens do acervo hereditário, o que compreendia, por conseguinte, a legítima dos herdeiros necessários. Em ambos os casos, o usufruto era vitalício. Nessa situação, o cônjuge sobrevivente era denominado usufrutuário; os descendentes ou ascendentes, conforme o caso, seriam os nu-proprietários e a propriedade desses dois últimos tornava-se plena com o falecimento do usufrutuário.

Ainda das lições de Gomes (2000, p.65) se extrai que outra inovação decorrente do Estatuto da Mulher Casada foi no tocante ao direito real de habitação. O intuito, nesse caso, fora o de assegurar um teto ao sobrevivente, caso houvesse somente um imóvel residencial na herança e, para tanto, exigiam-se condições para a sua efetivação, tais eram, o casamento sob o regime da comunhão universal de bens, a permanência da viuvez e a existência de único imóvel destinado à residência da família. Caso o supérstite contraísse novo casamento, o direito se extinguiria. Assim como no usufruto, com o direito real de habitação, o cônjuge sobrevivente não se tornava herdeiro, apenas legatário legítimo.

O Supremo Tribunal Federal, com o Enunciado Sumular 377 estabeleceu uma nova forma de amparar o cônjuge casado sob o regime de separação legal de bens ao permitir que naquele regime os bens adquiridos na constância do casamento comunicar-se-iam.

Em síntese, Pereira (2011, p. 121) aponta que as alterações legislativas no Código Civil de 1916 não foram suficientes e por esta razão, sobrevieram modificações que estruturaram os direitos de modo mais razoável, assegurando a sucessão do cônjuge em duas hipóteses:

a) herdeiro único na falta de descendentes e ascendentes, recebendo a herança em propriedade, desde que não dissolvida a sociedade conjugal à época.

b) herdeiro concorrente com outros sucessores, com a ressalva da não existência de testamento beneficiando terceiros.

b.1) concorrendo com filhos extramatrimoniais, na ausência de testamento dispendo o contrário, em regime de separação de bens, herdava a metade em propriedade, cabendo aos adúlteros reconhecidos na forma da lei, a outra metade.

b.2) concorrendo com filhos legítimos ou legitimados, com a alteração pelo Estatuto da Mulher Casada, lhe fora reconhecido o direito à sucessão usufrutuária nos bens deixados pelo falecido em quota variável, como se segue: - concorrência com filhos do casal ou do falecido, o usufruto compreendia a quarta parte da herança; - na inexistindo filhos, mas havendo ascendentes do *de cujus*, o usufruto incidiria na metade dos bens da herança.

E acrescenta o autor (2011, p.125) que, diferentemente do Direito Francês e do antigo Direito Italiano, o Código Civil de 1916 não admitira a comutação do usufruto do cônjuge numa renda vitalícia, no que fora aplaudido pela doutrina.

O ilustre doutrinador Pereira (2011, p. 126) realça outros direitos nessa linha de proteção ao cônjuge sobrevivente decorrentes da denominada lei de “Proteção à família”, Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, que em seu artigo 17, alterado pelo Decreto-Lei n. 5.187, de 13 de janeiro de 1943, dispôs concedendo à brasileira, por morte de seu cônjuge estrangeiro, o usufruto vitalício da quarta parte dos bens daquele, se houvesse filhos, e a metade, caso não os tivesse, desde que, casados em regime diverso da comunhão de bens. Nesta hipótese de marido estrangeiro, diferente da sucessão usufrutuária discorrido anteriormente, o usufruto era por toda a vida, não condicionado à permanência da situação de viuvez.

Nesse diapasão, Pereira (2011, p.126) registra que a doutrina asseverou que o Estatuto da Mulher Casada não revogara o Decreto-Lei de 1941, pois se tornara regra geral, enquanto este dispôs apenas sobre a brasileira casada com estrangeiro. Na sequência, o Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942 versou a respeito da ordem de vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no

Brasil e consignou que esta seria regulada pela lei brasileira em prol do cônjuge nacional e filhos do casal, exceto se a lei estrangeira fosse mais benéfica do que a brasileira, pois nesse caso, preferir-se-á aquela.

Friza o doutrinador (2011, p. 127) que este dispositivo fora repetido na Constituição Federal de 1946, vigente na atual Carta Magna de 1988, art. 5º, XXXI.

A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

Aos poucos, o cônjuge foi adquirindo direitos na lei brasileira, acompanhando a evolução da sociedade.

Novas leis mais benéficas foram surgindo e o cônjuge, embora ainda, não reconhecido o seu direito como herdeiro necessário.

3.1.2 Ausência de inclusão do cônjuge como herdeiro necessário

Apesar dos direitos que se foram adquirindo ao longo dos tempos, no Código Civil anterior, o cônjuge não era tido como herdeiro necessário, e sim facultativo, o que significa dizer que poderia ser afastado da sucessão pela via testamentária, bastando que a integralidade do patrimônio fosse disposta em testamento em favor de terceiros.

Segundo Venosa (2013, p. 131), o direito hereditário do cônjuge sobrevivente pressupunha, além do casamento válido, que não estivessem os cônjuges judicialmente separados no momento da sucessão. Nos termos do art. 1.611 daquele diploma legal a dissolução da sociedade conjugal excluía o cônjuge da sucessão, porém, esta exclusão somente era possível com a existência de sentença de separação, ou de divórcio com trânsito em julgado. A separação de fato, mesmo que por tempo razoável, não era o suficiente para eliminar o cônjuge da linha sucessória. Sendo assim, os cônjuges que estivessem separados judicialmente, ou divorciados (quando atingido tal estado sem passar pelo de separação), no momento da abertura da sucessão não participariam daquela. O casamento declarado nulo, se putativo, poderia declarar a sucessão do cônjuge. Aquele que o tivesse contraído de boa-fé não perderia a condição de herdeiro (art. 1.561), porém a putatividade dependia de decisão judicial.

Gomes (2000.p.61) assinala que a separação pendente de recurso já era suficiente para privar o cônjuge supérstite do referido direito.

Diante do exposto, percebe-se o quão era prejudicial ao cônjuge não ser reconhecido como herdeiro necessário, pois bastava que a integralidade do patrimônio fosse disposta em testamento para que se visse afastado da sucessão.

3.1.3 Doutrina e jurisprudência

Conforme ressaltado anteriormente, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário no Código de 1916, e por esta razão, existindo descendentes ou ascendentes, poderia ser excluído da herança, ou não os possuindo poderia testar livremente não sendo obrigado a contemplar o outro sobrevivente.

No entanto, sendo o regime de casamento diverso daquele da comunhão universal de bens, a lei lhe garantiria o direito ao usufruto, havendo ou não descendentes do falecido, embora houvesse ascendentes.

Porém, para a jurisprudência, a declaração de última vontade do cônjuge em testamento, resguardando direito dos herdeiros necessários prevaleceria sobre o direito de usufruto do supérstite.

Ao deixar a parte disponível de seu patrimônio por meio de testamento público, excluindo o cônjuge sobrevivente, retirara dele o direito ao usufruto, conforme entendimento da Terceira Turma do STJ, *in verbis*,

Ementa: Direito civil. Sucessões. Usufruto viual. Exclusão testamentária. Prevalência.

- O art. 1.574 do CC/16, estabelece que, na hipótese de morrer a pessoa sem testamento, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos.
- Se houver disposição testamentária, resguardada a legítima aos herdeiros necessários, prepondera a última vontade transmitida pelo testador, notadamente quando manifestada por meio de testamento público, com o cumprimento de todos os requisitos e solenidades legalmente previstos no art. 1.632 e seguintes do CC/16.
- O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano.
- Se, ao dispor de seu patrimônio por meio de testamento público, silencia o testador a respeito do cônjuge que a ele sobreviver, opera-se a exclusão deste, conforme disposto no art. 1.725 do CC/16, o que se contrapõe, diretamente, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo com base no art. 1.611, § 1º, do mesmo Código, que não deve ter guarida na hipótese; sobrepõe-se, dessa forma, a vontade explícita do testador em excluir o cônjuge sobrevivente da sucessão, ao direito de usufruto pleiteado pelo viúvo, que somente seria resguardado se não houvesse a referida

disposição testamentária. Recurso especial provido. (STJ - Recurso Especial nº 802.372./MG Rel. Min. Nancy Handrighi, julgado em: 16.09.2008, publicado no DJe de 10/12/2008).

Nas lições de Gomes (2000, p.56) tem-se que no tocante aos colaterais, que também não eram herdeiros necessários, estes somente eram chamados à sucessão caso não houvesse cônjuge sobrevivente ou se a sociedade conjugal já estivesse rompida.

Conjugando-se o contexto do art. 1.611 c/c art. 1.603, do Código Civil do antigo diploma legal, a 3ª Câmara Cível do TJMG reputou que, na falta de descendentes ou ascendentes, seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, que convivia com o outro ao tempo de sua morte, preferindo aos colaterais, conforme aresto abaixo ementado:

SUCCESSÃO - ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA - COLATERAIS - CÔNJUGE - PREFERÊNCIA - REGIME DE BENS. O regime de bens adotado pelos cônjuges não influi na ordem de vocação hereditária. Direito de herança e regime de separação obrigatória de bens são institutos diferentes, de modo que um não influi no outro, tendo sempre o **cônjuge** o direito de preferência em relação aos colaterais no recebimento da herança. Recurso desprovido. (TJMG, Apelação Cível 1.0000.00.279552-4/000. Rel. Des.(a) Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes. Julgado em 17.10.2002, publicado no DJU de 08/11/2002).

Em consonância com a jurisprudência mineira, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo a favor de viúva, em prejuízo dos colaterais que pretendiam anulação da partilha que destinara todos os bens do falecido a ela.

Asseverou-se que, conforme se depreendia do art. 1.603, III, do Código Civil de 1916 o cônjuge precederia os colaterais e que independente do regime de casamento, no caso, a separação obrigatória de bens, quando não houvesse descendentes ou ascendentes, o cônjuge herdaria tudo, desde que não estivesse separado à época da abertura da sucessão.

EMENTA: Sucessão - Cônjuge sobrevivente [artigos 1603, III, do CC de 1916 e 1829, III, do CC de 2002] - No caso de inexistir descendência ou ascendência para suceder o finado, a herança, em sua totalidade, destinase à viúva, independente de o casamento ter sido celebrado sob o regime de separação obrigatória de bens, por figurar o cônjuge supérstite [*sic*], com exclusividade, na terceira linha da ordem sucessória, desde que não separado (jurídica ou de fato) há dois anos (artigo 1830, do novo CC); o propósito dos colaterais, de inversão dessa regra, não encontra amparo legítimo, na lei ou na regra moral das obrigações – Não provimento. (TJSP.

Apelação Cível nº 139.185-4/7-SP. Rel. Ênio Santarelli Zuliani. Julgado em 3.6.2003)

Nesse sentido, consignou Gomes (2000, p. 62) que na sucessão aberta sob a égide do Código Civil de 1916, na ausência de descendentes ou ascendentes, “a sucessão será deferida ao cônjuge sobrevivente, sendo irrelevante o regime de bens do casamento”, de modo que o regime de casamento não interfere na ordem da vocação hereditária.

Destarte, conclui-se pelo que elucidado acima, ao entendimento da doutrina e jurisprudência, o cônjuge somente herdaria, na ausência de descendentes ou ascendentes e desde que convivesse com o *de cujus* à abertura da sucessão. Sendo que, havendo testamento, resguardada a legítima aos herdeiros necessários, o supérstite poderia ser privado da sucessão caso fosse essa a vontade do falecido ao excluí-lo, retirando inclusive, o direito ao usufruto.

3.2 A SUCESSÃO DO CÔNJUGE APÓS A LEI 10.406/2002

3.2.1 Direitos

Antes de se adentrar no tema propriamente dito, torna-se pertinente fazer uma remissão ao direito de família, pois embora sejam institutos distintos, para se analisar as particularidades do direito de sucessão do cônjuge é necessário que se compreenda os regimes de bens previstos no atual Código Civil.

Encontram-se presentes no atual diploma legal, os seguintes regimes de bens entre os cônjuges, os quais se encontram dispostos nos artigos: 1.641 (separação obrigatória de bens); 1.658 e ss.(comunhão parcial de bens); 1.667 (comunhão universal); 1.672 (participação final nos aquestos), sendo esse último uma inovação do código de 2002 e, por fim, art. 1.687 (separação de bens).

Feitas essas considerações, cumpre distinguir ainda o direito de meação - instituto do direito de família -, da herança, exclusiva do direito das sucessões.

A regra no direito brasileiro é que, na concorrência do cônjuge com os descendentes, onde tem meação não tem sucessão.

A meação, presente nos regimes de comunhão total, parcial e separação legal, instituída pelo Enunciado sumular do STF n. 377, é consequência do regime

de bens, que consiste na metade dos bens que se comunicam em razão do regime de casamento.

Já a herança, pode ser definida como conjunto de direitos e obrigações que se transmitem a outros em razão da morte do seu proprietário.

Da lição de Pereira (2011, p. 127) se depreende que, desde a vigência do Código Civil de 1916, a doutrina sustentava que o direito brasileiro das sucessões deveria evoluir em dois sentidos, quais sejam: - tornar o cônjuge herdeiro necessário figurando ao lado dos descendentes e ascendentes, bem como garantir-lhe o direito de concorrência, em propriedade.

Assenta este ilustre doutrinador (2011, p. 127) que a evolução do direito sucessório pátrio assemelha ao direito português pertinente à vocação do cônjuge. Não se reproduzindo do direito sucessório lusitano, muitos fatores que teriam sido alvo de críticas doutrinárias. Ressalta que a vocação do cônjuge como herdeiro necessário fora defendida no Projeto de Código de 1899 por Clóvis Beviláquia, entretanto, esse avanço fora obtido no atual Código Civil, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, pois somente no Código Civil de 2002, art. 1.845, que houve a afirmação textual de sua qualidade de herdeiro necessário, assegurando-lhe a legítima (art. 1.846) e ainda, o colocou em situação de destaque no tocante à ordem de vocação, concedendo-lhe o direito de receber propriedade, e não, mero usufruto, em concorrência com descendentes e ascendentes.

Ao contrário do regime anterior, consigna Pereira (2011, p. 127) que o atual Código Civil permite que a classe de sucessores legítimos seja composta em regra, por pessoas ligadas ao falecido por vínculos jurídicos de diferentes espécies: descendentes e cônjuge; ascendentes e cônjuge e não mais, somente pela mesma natureza (parentesco ou casamento). Aqui, somente na ausência do cônjuge é que os parentes colaterais até o quarto grau serão chamados à sucessão.

E acrescenta o autor (2011, p.127) que, conforme disposto no art. 1.838 da lei em comento, o cônjuge sobrevivente continua a receber a herança de forma integral na ausência de descendentes ou ascendentes sucessíveis com os quais deveria concorrer. Entretanto, registra o doutrinador que a vocação sucessória do cônjuge está condicionada a alguns requisitos, um deles é o fato de não se encontrar separado de fato, há mais de dois anos, na data da abertura da sucessão, salvo se a convivência se tornara impossível, sem culpa do sobrevivente. Nessa situação, o ônus da prova recai sobre aquele que reivindique para si a qualidade de sucessor.

Atente-se que na nova legislação, a separação de fato do casal obteve relevância, afastando da sucessão o cônjuge e beneficiando os descendentes, ascendentes ou colaterais, conforme a ordem de vocação, no entanto, caso seja restabelecida a sociedade conjugal, por ato regular em juízo, nos termos do art. 1.577, do Código Civil de 2002, poderá o sobrevivente suceder o morto.

Cahali (2012, p. 204) acentua que mesmo não havendo esta previsão, o divorciado também não herda, pois com o divórcio dissolve-se o casamento, extinguindo-se qualquer vínculo sucessório.

Pereira (2011, p. 127) narra que o mencionado diploma legal (art. 1.561, §1º) prevê que em caso de declaração de nulidade do casamento ou se ele vier a ser anulado, o cônjuge sobrevivente será chamado a suceder, se de boa-fé e desde que a sucessão se abra antes da sentença anulatória.

Outra situação em que a lei deixa de reconhecer vocação ao cônjuge, atribuindo a herança em sua totalidade aos descendentes, seria em relação ao regime de bens do casamento.

Segundo disposto no inciso I, do art. 1829 do Código Civil de 2002, o cônjuge se casado em determinados regimes como o da comunhão universal de bens, separação obrigatória e comunhão parcial de bens, quando o falecido não tiver deixado bens particulares, perde o seu direito de concorrência com os descendentes, sendo esse último, motivo de controvérsia na doutrina e jurisprudência, objeto desse estudo.

Os motivos que induziram à exclusão do cônjuge nesses regimes são variáveis.

Em se tratando de comunhão universal de bens, ressalta Pereira (2011, p. 132) que caberia ao cônjuge o direito à meação sobre o patrimônio comum e por esta razão, a lei presume ser desnecessário o recebimento de quota na herança.

Nas palavras de Dias (2013, p. 141), a legitimidade sucessória do cônjuge não teria a ver com a meação, compreendida como a metade dos bens comuns pertencente ao sobrevivente e que não integram a herança, posto que a existência ao direito de meação se condiciona ao regime de bens do casamento.

No ponto, assinala a autora (2013, p.55) que tanto meação não se confunde com herança que sobre aquela não incide imposto de transmissão sobre a fração do patrimônio.

A doutrinadora (2013, p.141) acrescenta ainda, que além da meação o cônjuge tem direito a receber parte da herança em concorrência com os herdeiros que o antecedem na ordem de vocação hereditária, sempre fazendo jus a fração da herança.

Salienta Pereira (2011, p. 132) que na separação obrigatória de bens (art. 1.641, parágrafo único) não faria sentido transmitir ao cônjuge, por meio da sucessão, os mesmos bens que por lei, não poderiam comunicar-se por ocasião do vínculo matrimonial. E por derradeiro, completa que, sendo o regime o de comunhão parcial de bens, caso o autor da herança não tenha deixado bens particulares, infere-se que todo o patrimônio fora adquirido na constância do casamento e por esta razão, caberia ao sobrevivente, a meação, em situação semelhante ao regime de comunhão universal de bens, o que mereceria igual tratamento destinado a este.

Dias (2013, p. 63) ressaltou que a norma garantidora do direito de concorrência do cônjuge divide a doutrina e é motivo de insegurança jurídica e razão das divergências jurisprudenciais.

Sustenta a autora (2013, p.141) que somente no regime de separação de bens, previsto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil de 2002, o cônjuge não faria jus a meação, uma vez que naquele inexistam bens comuns.

Destaca ainda essa doutrinadora (2013, p.167) que a regra no atual direito sucessório brasileiro seria a concorrência e as hipóteses de exclusão desse direito estariam taxativas na lei, de modo a impedir interpretação extensiva, ou seja, quando não expressamente excluído, prevaleceria o direito de concorrência. Portanto, predominara o direito do cônjuge na separação convencional de bens, na participação final dos aquestos e em uma modalidade da comunhão parcial de bens, as quais não constituem as exceções previstas no art. 1829, I.

Dias (2013, p.141) assinala ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, REsp n. 1.111.095/RJ e REsp n. 992.749/MS, produzira duas alterações nesse dispositivo legal ao afastar o direito de concorrência no regime de separação convencional de bens e ao limitar o direito concorrencial aos bens comuns, independente ou não da existência de bens particulares no regime da comunhão parcial de bens, como decidido no REsp n. 1.117.563/SP.

E finalmente, a autora (2013, p.168) alerta para o fato de que a lei permitira mudança no regime de bens. Nesta situação, torna-se imperioso respeitar o regime vigente à data da abertura da sucessão.

Outra polêmica no concurso sucessório do cônjuge com os descendentes seria no que tange à quota mínima devida ao consorte sobrevivente, disposta no art. 1.832, do CC/2002.

Discorre a ilustre doutrinadora (2013, p. 173) que, nos termos do referido artigo, a divisão seria em partes iguais entre todos: filhos e viúvo, no entanto, caso o viúvo seja genitor dos herdeiros, não poderá receber fração inferior a um quarto da herança. Porém, se todos os herdeiros forem filhos exclusivos do falecido, o consorte supérstite não terá direito à quota mínima, sendo a herança dividida em partes iguais.

A esse respeito, assevera Cahali (2012, p. 211), que em 2011, fora aprovado o Enunciado 526 da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que pôs termo a expressiva divergência no tocante ao critério de divisão da herança quando da concorrência entre o cônjuge e a filiação híbrida, ou seja, irmãos unilaterais com bilaterais. Desse modo, concluiu-se que em caso de filiação híbrida não será reservada a quarta parte da herança para o consorte sobrevivente.

Venosa (2013, p. 127) ao discorrer sobre a sucessão do cônjuge no Código de 2002, atenta para a necessidade de aprimoramento na redação do art. 1.829, I, motivo de dificuldades interpretativas, tanto por parte dos doutrinadores como da jurisprudência. Para ele, o sentido da lei fora o de proteger o cônjuge quando este não recebesse nada a título de meação, ou seja, tornar o sobrevivente herdeiro quando não houvesse bens decorrentes da meação.

Além dos direitos acima ilustrados que foram conferidos ao cônjuge supérstite, destaca-se ainda, a preservação na atual legislação do direito de habitação, independente do regime de bens e sem prejuízo do que lhe couber na herança, preceituada no art. 1.831, do Código Civil.

Cahali (2012, p. 202) destaca que a habitação conferida ao viúvo por ser um direito personalíssimo e resolúvel, extinguir-se-á com a morte do titular.

De outro modo, impede-se a fruição ampla, compreendendo apenas o direito de permanecer utilizando o imóvel, como residência, sem qualquer ônus perante os titulares do domínio, podendo, inclusive, ali constituir nova família por meio do casamento ou união estável.

3.2.2 Inclusão do cônjuge como herdeiro necessário

Como bem elucidado acima, uma das inovações do Código Civil de 2002 para o Direito das Sucessões foi a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário, o que segundo Nader (2009, p.161) são as pessoas que integram as classes sucessíveis dispostas em lei e eu não podem ser afastadas da sucessão por disposição de última vontade.

No Código anterior, de 1916, o cônjuge ocupava o terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, depois dos descendentes e ascendentes e na condição de herdeiro facultativo, poderia ser excluído da sucessão.

Conforme evidenciado por Monteiro (2010, p. 97), a condição de herdeiro necessário do cônjuge no atual Código suprimiu o direito de usufruto vitalício de parte dos bens do *de cuius* conferido ao consorte sobrevivente casado pelo regime diferente do da comunhão universal de bens.

Dias (2013, p. 141), ao discorrer sobre a novel situação do cônjuge na lei atual, ressalta que pela redação do art. 1.845, extrai-se que ele ainda ocupa o terceiro lugar na ordem sucessória, porém fora elevado à condição de herdeiro necessário. Aos herdeiros necessários pertence a metade dos bens da herança, que não poderá ser disposta em testamento por constituir a legítima.

Salienta a doutrinadora (2013, p.141) que, com essa regra, o autor da herança somente poderá dispor de 50% do seu patrimônio, por meio de testamento, sendo a outra metade, considerada indisponível, pertencente aos herdeiros necessários. Sendo assim, quando do falecimento de um dos cônjuges, na ausência de descendentes e ascendentes, a herança total, obrigatoriamente, será transmitida ao consorte sobrevivente, independente do regime de bens.

Entretanto, ressalva essa autora (2013, p.141), entendimento jurisprudencial excluindo o cônjuge da situação de herdeiro necessário quando da existência de pacto antenupcial, excluindo-se mutuamente da sucessão do outro, ao eleger o regime de separação de bens.

Vale destacar, no ponto, que o Código atual, art. 1.961, também prevê aos herdeiros necessários a possibilidade de serem privados da legítima ou deserdados e caso venham a ser reconhecidos como indigno, nos termos do art. 1.814, serão excluídos da sucessão.

Segundo Cahali (2012, p. 191), o Código Civil de 2002 trouxe o cônjuge para a primeira classe de preferência concorrendo com os descendentes de acordo com o regime de bens e condicionado à existência de bens particulares quando o regime de casamento for o da comunhão parcial de bens, e na ausência de descendentes, indica o cônjuge à segunda classe, concorrendo com os ascendentes.

Alfim, conclui esse autor (2012, p. 191) que inexistindo sucessores em linha reta, o cônjuge recolherá a totalidade do patrimônio, excluindo da sucessão, os colaterais.

Como outros doutrinadores, aquele (2012, p. 191) registra a impropriedade técnica da atual redação do art. 1.829, que trouxe para o mundo jurídico dúvidas em razão da sua apresentação confusa e variada casuística de convocação do supérstite.

4 AS DIVERSAS INTERPRETAÇÕES DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

4.1 ASPECTOS GERAIS

Conforme realçado acima, muitas foram as incongruências na redação dos dispositivos que tratam da sucessão legítima do cônjuge no novo Código Civil, especialmente no tocante ao artigo 1.829, I.

De fato, é essa a redação do artigo:

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;

O direito de concorrência com os descendentes, conferido ao cônjuge supérstite sofre mitigação dependendo do regime de bens.

Salienta Monteiro (2010, p. 89) que ocorrendo as hipóteses de casamento celebrado sob o regime da comunhão universal de bens, separação obrigatória ou da comunhão parcial, em que o autor da herança não tenha deixado bens particulares, os descendentes recolhem a totalidade da herança.

No entanto, esta é uma questão controvertida na doutrina e na jurisprudência.

Apesar do novo código se encontrar em vigor há mais de dez anos, percebe-se que este tema apresenta-se em construção doutrinária e jurisprudencial.

Talvez a razão de tantas divergências resida nas mudanças sociais que vêm surgindo no direito de família, que acabam refletindo no direito das sucessões.

Contudo, conforme se depreende dos ilustres doutrinadores e dos acórdãos, sobretudo, do STJ, a grande celeuma e objeto desse estudo está na sucessão do cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes e na existência de bens particulares, tendo em vista a redação confusa do dispositivo em comento, pois, segundo Rizzardo (2013, p.170), caso não haja bens particulares, não tem participação na herança.

Conforme abordado por Cahali (2012, p.192), a exegese do referido artigo, embora obscura, é compreensível em sua interpretação literária, porém instiga o debate e agita estudiosos e magistrados fazendo surgir posições contrárias, o que aos jurisdicionados, reais destinatários da norma, se torna motivo de insegurança jurídica, posto que não se conhece a posição que irá prevalecer.

Na visão deste ilustre doutrinador (2012, p.198), essa divergência sobre a sucessão do cônjuge casado no regime da comunhão parcial dos bens em concorrência com os descendentes é uma das mais complicadas sobre o tema, sendo uníssono somente o entendimento da necessidade de reforma da lei em razão de sua indisfarçável falha, a qual comporta dupla interpretação nas correntes surgidas e com relevantes argumentos em cada uma delas.

Por fim, Cahali (2012, p. 225) ressalta que a norma contém defeito intransponível ao apresentar uma previsão inviável e outra que comportaria dupla interpretação, necessitando de urgente alteração legislativa.

Dias (2013, p. 169) ao discorrer sobre o assunto destaca que esse é sem dúvida, o ponto mais controvertido no atual Código Civil e debatido na doutrina.

Esse também é o entendimento de Oliveira, Euclides (2013, p. 90) ao frisar que a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes apresenta profunda dificuldade hermenêutica em razão da complexa e confusa redação do aludido dispositivo de lei.

Igualmente, comunga dessa opinião Venosa (2013, p. 136) que ao referir à redação do art. 1829, I, do Código Civil a classifica como horrível e acrescenta que a maior dificuldade interpretativa reside na hipótese do casamento sob o regime de comunhão parcial de bens.

Destarte, percebe-se que a doutrina é unânime ao se referir à intrincada redação do aludido dispositivo de lei. As divergências doutrinárias existentes residem, entretanto, na hermenêutica do artigo, o que no intuito de interpretá-lo, desenvolveu-se pelo menos, três correntes doutrinárias e ainda uma quarta, acrescida pela Ministra Nancy Handrichi em seu voto no REsp 1.117.563/SP, no qual a magistrada ressalta que a regra do aludido dispositivo que regula a sucessão quando do casamento no regime da comunhão parcial de bens tem sido alvo de interpretações diversas.

Nesse julgado, a ministra registra que o norte para a melhor interpretação dessas regras sucessórias é aquele que leva em consideração a vontade manifestada pelos consortes no momento da celebração do casamento.

Sendo assim, discorrer-se-á nos próximos tópicos sobre cada uma dessas correntes – doutrinária e jurisprudencial – para melhor compreensão sobre o tema.

4.2 PRIMEIRA CORRENTE

Primeira e majoritária corrente deriva do Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004:

O art. 1.829, 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.

Aqui a sucessão do cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens em concorrência com os descendentes obedece ao seguinte critério: caso o *de cujus* tenha deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes na sucessão somente em relação a esses bens, pois no tocante aos bens adquiridos na constância do casamento (bens comuns) operaria a meação. Caso não tenha deixado bens particulares, o supérstite não participa da sucessão, posto que conforme abordado anteriormente, a regra no direito pátrio é que neste tipo de concorrência entre cônjuge e descendente onde tem a meação não tem sucessão.

Corroboram esse entendimento, Venosa (2013, p.137); Hironaka (2004, p. 95 apud CAHALI, 2012, p. 197); Gonçalves (2011, p. 172) Monteiro (2010, p. 97); Leite (2009, p. 282 e 283), e ainda, Euclides de Oliveira (2013, p. 90).

A respeito do tema preleciona a doutora Hironaka (2004 p.95 apud CAHALI, 2012, p. 197):

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*.

Nas lições de Dias (2013, p. 170), entende-se por bens particulares ou exclusivos de um dos consortes, aqueles adquiridos antes do casamento, os recebidos por doação ou herança e os excluídos da comunhão nos termos do art. 1659, do Código Civil.

De acordo com Oliveira, Eduardo (2009, p.281-282), criaram-se duas hipóteses de incidência da regra de concorrência, uma que diria respeito à sucessão no regime da comunhão parcial de bens quando não houvesse bens particulares e outra, quando houvesse bens particulares. Na primeira, somente haveria o direito à meação, não havendo o que se falar em concorrência, já na segunda, o cônjuge sobrevivente concorreria com os descendentes em igualdade de proporções quanto àqueles bens.

Na visão de Oliveira, Euclides (2009, p.108), o mais adequado e harmônico seria o entendimento no sentido de que a concorrência hereditária do sobrevivente, casado nesse regime, com os descendentes ocorreria somente na existência de bens particulares, pois a exemplo do que ocorre no regime da separação convencional de bens, somente sobre esses bens é que incidirá o direito sucessório concorrente.

Ou ainda, acrescenta o doutrinador (2013, p.90), por analogia à do regime de comunhão universal de bens em que o direito à meação exclui o da sucessão.

Nessa linha de raciocínio, pontua Oliveira, Eduardo (2009, p.284) que ao excetuar os regimes de bens, o legislador abriu a possibilidade de o consorte sobrevivente concorrer com os descendentes, uma vez que foi elevado a herdeiro necessário, pois, nos demais casos ele será meeiro ou simplesmente retomará a sua massa de bens particulares.

Venosa (2013, p. 137) ressalta que a conclusão pela interpretação literária do artigo, onde somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação dos bens particulares, lhe parece a mais lógica.

Também comunga dessa tese, Nader (2009, p.143), o qual assevera que somente existem duas correntes, a elucidada nesse tópico, em que o direito do cônjuge se limitaria a concorrer aos bens particulares, e a outra, em que esse direito

se estenderia à totalidade do patrimônio sob a fundamentação de ser a herança indivisível.

Ao justificar o seu posicionamento, Nader (2009, p. 143-144) defende que essa primeira corrente lhe parece mais plausível, posto que no regime da comunhão parcial o sobrevivente dispõe de sua meação, o que não seria justo que além de concorrer nos bens particulares, ainda recebesse quota-parte na meação deixada pelo falecido.

Outro adepto dessa corrente se apresenta Antonini (2011, p. 2.223) que assegura ser a mais acertada, pois havendo bens particulares a solução razoável é a de se estabelecer a concorrência do cônjuge com os descendentes, exclusivamente, nos bens particulares, posto que em relação aos bens comuns o supérstite se encontra protegido pela meação.

Sustentando esse posicionamento doutrinário, têm-se diversos julgados dos Tribunais de Justiça dos estados, como se segue:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. REGIME DE BENS. COMUNHÃO PARCIAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES. HERDEIRA NECESSÁRIA. CONCORRÊNCIA QUANTO A ESTES COM OS DESCENDENTES DO DE CUJUS. ART. 1829, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Consoante a norma inserta no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, ao cônjuge supérstite casado sob o regime da comunhão parcial de bens, é deferida a sucessão dos bens particulares existentes em concorrência com os descendentes do de cujus.

2. Assim, além da meação (instituto de direito de família) dos bens adquiridos onerosamente na constância do matrimônio, a viúva, face à existência de bens particulares, integra o rol dos herdeiros necessários em concorrência com os descendentes apenas com relação aos bens particulares. (TJMG, AI 1.0024.12.028476-5/002, red. para o acórdão desembargador Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível/MG, julgado em 9.5.2013, publicado no DJe de 20/5/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. ARROLAMENTO. ESBOÇO DE PARTILHA. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO E DE INTERESSE RECURSAL. REJEIÇÃO. COMUNHÃO PARCIAL. BENS COMUNS. MEAÇÃO. BENS PARTICULARES. CONCORRÊNCIA. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1 - O agravo contendo as procurações das partes recorrentes, outorgando poderes ao d. causídico que subscreve a peça recursal, merece ser conhecido, pois devidamente instruído.

2 - A decisão impugnada que, embora não haja homologado partilha, entendeu que a sucessão não poderia ocorrer da forma até então pleiteada pelas partes, acarreta sucumbência, na medida em que eventual partilha se daria observados os parâmetros ali determinados, e, portanto, diversos do pleiteado, donde exsurge o interesse recursal.

3 - Nos termos da norma insculpida no artigo 1.829, incisos I a III do Código Civil de 2002, descendente, ascendente e cônjuge, a depender do regime de casamento, são concorrentes na sucessão dos bens do de cujus.

4 - No regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os filhos do inventariado quanto aos bens particulares pertencentes a este antes da vigência do casamento, excetuando-se da sucessão os que integravam o acervo comum de bens do casal.

5 - A meação decorrente do regime de comunhão parcial, que se refere a direito de família, excluí da sucessão 50% dos bens comuns do casal pertencentes ao cônjuge supérstite. Os outros 50% serão partilhados entre os demais herdeiros legítimos.

6 - Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJDFT, AI 2012.00.2.0123620, 3ª Turma Cível, rel. Des. Cesar Laboissiere Loyola, julgado em 10.10.2012, publicado no DJe de 26.11.2012).

Pelo exposto, extrai-se que essa primeira corrente prima pela interpretação teleológica do art. 1829, I, do CC, pois enfatiza a finalidade da lei na tentativa de entender o alcance daquela.

4.3 SEGUNDA CORRENTE

Nessa segunda corrente capitaneada por Diniz (2013, p. 143), os seus adeptos também separam as hipóteses em que o falecido tenha ou não, deixado bens particulares.

Diniz (2013, p. 146) ao discorrer sobre o tema em sua obra, defende que pelo novo diploma legal haverá concorrência do viúvo com os descendentes do autor da herança, condicionado ao regime de bens, o que por força do art. 1.829, I, do Código Civil o supérstite somente poderia ser casado sob o regime de separação convencional de bens, participação final dos aquestos ou de comunhão parcial, desde que, o falecido possua patrimônio particular, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente sobre os bens particulares do falecido. Desta feita, caso não houvesse bens particulares, o sobrevivente não seria herdeiro, assegurada a sua meação nos regimes de comunhão total e comunhão parcial de bens. Em contrapartida, havendo bens particulares, o supérstite receberá a sua meação e uma parcela sobre todo o acervo patrimonial hereditário, pois sendo a herança indivisível, defere-se como um todo unitário e assim, não haverá sentido dividi-la nas hipóteses em que o cônjuge concorre na sucessão.

Alerta esta doutrinadora (2013, p.164) para o conceito de meação, que não se confunde com herança, pois naquela, os bens comuns são divididos, uma vez que a porção ideal deles já pertencia ao cônjuge na sua condição de meeiro, sendo

intangível; e herança constitui objeto de um direito adquirido com o óbito do outro consorte, sendo que desta última o sobrevivente poderá ser privado, como qualquer outro herdeiro, nas condições previstas em lei.

Para elucidar o seu posicionamento, Diniz (2013, p. 147) aduz que a lei não menciona que a herança do consorte recairia somente sobre os bens particulares do falecido e ademais, esse raciocínio se coaduna com o princípio da operabilidade, de modo a facilitar o cálculo para a partilha da porção devida a cada herdeiro, sendo a existência dos bens particulares mero requisito para que o viúvo tenha capacidade para herdar, concorrendo com o descendente.

Esse é o entendimento dos ilustres doutrinadores Gama e Carvalho (apud CAHALI, 2012, p. 226).

Nesse diapasão, tem-se o julgado da 5ª Turma Cível do TJDFT,

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 COM O FALECIDO, TENDO ESTE 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 ESTABELECIDADA NO ARTIGO 1829, I DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. (TJDFT, AGI 2004.00.2.009630-8, rel. Des. Dácio Vieira, 5ª Turma Cível, julgado em 10.10.2005, publicado no DJU, seção 3, de 25/05/2006, p. 151).

Posteriormente, esta decisão fora reformada pelo STJ em sede de recurso especial,

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, rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 07.06.2011, publicado no DJe de 05.10.2011).

Porém, contra esse último julgado que se encontra consoante com a primeira corrente, foram opostos embargos de divergência, os quais foram indeferidos em decisão monocrática pela Ministra Nancy Andrighi, relatora, por inexistência de similitude fática entre os casos confrontados e referendados pela Segunda Seção do STJ em agravo regimental.

Ao refutar o pensamento desta corrente, Antonini (2011, p. 2.223) argumenta o quão seria ilógico se ter como critério jurídico a existência ou não de bens particulares, para diferenciar o tratamento em relação aos bens comuns. Enfatiza que o presente entendimento encontra-se apegado à redação literal do dispositivo de lei e acarreta grave contradição sistemática se comparado ao regime da comunhão universal de bens em que o cônjuge não concorre porque todos os bens são comuns, o que lhe dá o direito à meação.

Por fim, consigna o autor (2011, p. 2.223) que se trata de um entendimento de absurda incoerência, pois basta apenas um bem particular para que o cônjuge concorra em relação aos bens comuns recebendo tratamento mais favorável do que aquele casado no regime da comunhão universal.

Por razões evidentes, essa corrente ao primar pela literalidade do artigo promoveu uma discrepância de tratamento aos cônjuges, em situação semelhante, casados nos regimes da comunhão parcial e universal no tocante à regra de que o direito à comunhão dos bens exclui a participação na herança sobre os mesmos bens, o que talvez se explicasse pelo fato de se tentar dar maior proteção ao sobrevivente, posto que nesse último regime de bens, o cônjuge tenha direito à meação da totalidade dos bens, inclusive dos particulares, os quais ele não ajudou a construir.

4.4 TERCEIRA CORRENTE

Dias (2013, p. 169) afirma que sem dúvida, este tema é o mais debatido do Código Civil, sendo alvo de maiores controvérsias doutrinárias. Assenta que o direito de concorrência sucessória encontra-se condicionado ao regime de bens do casamento.

Nos ensinamentos de Dias, em seu artigo publicado na *homepage* da autora, denominado “Ponto e Vírgula”, o sinal de pontuação tumultuou o direito das sucessões concernente à concorrência de quem se casou por aquele regime. A

existência do ponto-e-vírgula na redação do artigo divide as hipóteses que afastam o direito à concorrência do cônjuge com os filhos dependendo do regime de bens do casal.

Acrescenta a jurista, nesse mesmo artigo, em sua *homepage*, que em face da alteração do regime de bens para o parcial com o advento da Lei do Divórcio, corria-se o risco do viúvo nada receber em relação aos bens particulares do falecido, ficando a totalidade da herança para os descendentes e ascendentes. Nesse ponto, o legislador se preocupou em garantir ao cônjuge sobrevivente, parte dos bens particulares do outro, pois no regime anterior ele já era considerado meeiro de todo o acervo patrimonial. Dias (www.mariaberenice.com.br) salienta que ao colocar o “ponto na vírgula” o legislador pretendeu tratar de hipótese diversa a que se referia anteriormente aos demais regimes. Ou seja, quando o regime for o da comunhão parcial e não existirem bens particulares, entende-se que todo o acervo patrimonial existente fora adquirido após o casamento, o que torna razoável que o cônjuge concorra com os filhos na herança, além da meação. Porém, caso haja bens particulares não se justifica que o sobrevivente participe desse acervo, uma vez que tal hipótese não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial de bens. E assim discorre:

Em um primeiro momento o legislador ressalva duas exceções. Fazendo uso da expressão “salvo se” exclui a concorrência quando o regime de 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.

A autora (2013, p. 170) destaca que até o momento, a doutrina majoritária defendia que o cônjuge sobrevivente concorria com os herdeiros quando da existência de bens particulares do falecido, sendo que alguns asseguravam que o direito de concorrência incidiria não somente sobre os bens particulares, como também sobre os comuns.

No entanto, dissente desse posicionamento e mesmo se reconhecendo vencida, a renomada jurista (2013, p.170) sustenta que, o direito de concorrência incidiria exclusivamente sobre os bens amealhados na vigência do casamento e

havendo bens particulares, o supérstite não teria direito sobre eles, pois quando o casal se divorcia apenas os bens comuns são partilhados e por esta razão, não poderia ser diferente na sucessão, pois se assim o fosse, o supérstite receberia *causa mortis* o que não receberia em vida com a extinção do casamento.

Frisa a doutrinadora (2011, p.170) que a posição da maioria, desde a vigência do novo código, levou em conta a interpretação literal do dispositivo em comento e seguindo esta mesma orientação, a jurisprudência caminhava no sentido de determinar a divisão dos bens particulares entre herdeiros e cônjuges. Porém, sinaliza para diversas situações em que aquele entendimento majoritário poderia gerar enriquecimento sem causa, conferindo bens a quem não contribuiu para sua aquisição.

Desse modo, Dias (2013, p. 170) repele aquele posicionamento, sobretudo quando os herdeiros não são filhos comuns do falecido e do cônjuge sobrevivente, posto que a herança recebida pelo sobrevivente constituída de bens particulares não retornará aos sucessores de quem era o seu titular quando do falecimento desse, pois transmitir-se-á aos sucessores daquele que havia ficado viúvo, ou seja, evidencia-se nessa situação um rompimento injustificável do princípio norteador do direito sucessório, o qual orienta a sucessão patrimonial pelos vínculos parentais.

A doutrinadora (2013, p. 170) advertiu ainda, para o fato de que a união estável, por força de lei, se sujeita ao regime de comunhão parcial de bens (Código Civil, art. 1.725) e que em sede de direito sucessório, nos termos do art. 1.790, do Código Civil, a regra encontra-se no sentido oposto e mais coerente do que no casamento, pois caso o companheiro concorra com os filhos do falecido, participa sobre todos os bens do acervo patrimonial adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Do ponto de vista de Dias (2013, p. 171), o STJ pôs fim à discussão ao resolver questão pertinente a direito de herança entre filha e companheira supérstite, ao julgar o REsp n. 1.117.563/SP. Ressaltou o entendimento da Turma que em caso do regime da comunhão parcial de bens, caberá ao cônjuge sobrevivente a meação e o direito de concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, serão partilhados apenas entre os descendentes.

Aqui, vale ressaltar que essa autora (2013, p. 172) coaduna com o entendimento preconizado no aludido julgamento.

Ocorre que, mesmo após a publicação desse precedente jurisprudencial, algumas obras doutrinárias foram atualizadas e mantiveram o entendimento anterior, não se rendendo ao presente julgado. O mesmo se diz em relação aos tribunais de justiça estaduais que como demonstrado, mantém o entendimento preconizado anteriormente à publicação do aludido aresto.

4.5 QUARTA CORRENTE

Construída pela Ministra Nancy Andrichi, essa última corrente foi citada em seu voto no Recurso Especial n. 1.117.563/SP, como a quarta corrente. Conforme elucidado pela magistrada, o entendimento é de que cônjuge herdaria em concurso com os descendentes somente os bens comuns existindo ou não, bens particulares.

Assegura a Ministra que essa seria a melhor interpretação ao art. 1829, I, do CC, posto que, prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, de modo a preservá-la intacta na vida e na morte. Os bens particulares, caso existam serão partilháveis apenas entre os descendentes do *de cuius*. Embora, na situação dos autos tratasse de união estável, questionava-se que o tratamento concedido pela norma do art. 1.790 do Código Civil de 2002 à união estável era mais favorável ao companheiro, na medida em que lhe conferia maiores direitos sucessórios do que ao cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens.

Nesse sentido, o acórdão,

Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. *De cuius* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/02. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1829, I, do CC/02, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a Lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.

- O art. 1.790 do CC/02, que regula a sucessão do '*de cuius*' que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência.

- A regra do art. 1.829, I, do CC/02, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o '*de cuius*' pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controversa na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a

primeira, baseada no Enunciado 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece 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; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende 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; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.

- Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.

- É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/02 defendidas pela doutrina, uma [sic] quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias.

- 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 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 n.º 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 apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido. (STJ, REsp N. 1.117.563/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 17.12.2009, publicado no DJe de 6.4.2010)

Anteriormente a esse julgado, o aresto do REsp n. 992.749/MS, em 2007, também de relatoria da Min. Nancy, ao discorrer sobre o art. 1.829, I, embora não se tratasse do aludido regime de bens, realçou o mencionado entendimento de que na comunhão parcial de bens o cônjuge sobrevivente é contemplado com o direito à meação, além de concorrer com os descendentes sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados unicamente entre os descendentes.

Esta corrente, conforme abordado no tópico anterior, ao contrário do que evidenciado por Dias (2013, p. 171), não encerrou a celeuma que se instaurou na tentativa de se interpretar o art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, nem mesmo nos

tribunais, pois após esse julgado, os tribunais de justiça estaduais, na sua maioria, têm ratificado o entendimento que já possuíam antes desse precedente.

Porém, alguns doutrinadores, como é caso da obra de Gomes, (2012, p. 56) e da obra de Pereira (2011, p. 133), ao se referirem à sucessão do cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens, em concorrência com os descendentes já ressaltam essa tese do colendo STJ.

Apesar de naquele primeiro julgado, a relatora fazer distinção entre o seu posicionamento e o da ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias, reputando que para a autora somente incidiria essa regra caso não houvesse bens particulares, a doutrinadora (2013, p.172) ressalva em nota de rodapé, que comunga exatamente da solução preconizada naquele julgamento, ou seja, existindo ou não, bens particulares, o sobrevivente percebe a sua meação e concorre com os descendentes nos bens comuns, destacando que a referência feita no acórdão à sua posição não corresponde ao que vem sustentando ao longo dos anos.

4.6 POSICIONAMENTO DO ALUNO

Em suma, diante do explanado, destaca-se os diversos posicionamentos dos autores, sobretudo o pensamento majoritário da doutrina a qual sustenta que no regime da comunhão parcial de bens, havendo bens particulares, o cônjuge supérstite concorre com os descendentes somente no tocante a esses bens do *de cuius*.

Enquanto outra parte defende que, havendo bens particulares, o sobrevivente teria direito de concorrência à totalidade do acervo, ou seja, aos bens particulares e comuns, além do direito à meação.

Porém, numa posição praticamente isolada na doutrina encontramos Dias (2013, p.170) a qual consigna que o cônjuge herdaria somente os bens comuns, além de receber metade do acervo comum como meeiro, que a exemplo da união estável, onde o regime também é o da comunhão parcial de bens, a concorrência é assegurada sobre os aquestos, independente de existir, ou não, bens particulares.

Entendimento este, na prática, condizente com o julgado da 3ª Turma do STJ, REsp 1.117.563/SP, rel. Min. Nancy Andrichi, que apesar de em seu voto, a relatora apontar sutil diferença entre o seu posicionamento e o da ilustre

doutrinadora, esta repeliu a tese apontada no aresto, conforme ressaltado em tópico anterior.

No entanto, todos os argumentos são plausíveis, as duas primeiras correntes primam pelo direito concorrencial quando da existência de bens particulares, sendo que a primeira aduz pela regra geral de que não haverá sucessão quando houver meação e traça um paralelo com o que o legislador conferiu à comunhão total de bens, sem direito concorrencial.

Dias (2013, p. 170) contesta essa tese ao alegar que se a intenção do legislador era a de excluir o direito concorrencial do cônjuge quando houver meação, a exceção prevista no artigo deveria levar em conta a existência, ou não, de bens comuns e não, a de bens particulares, conforme defende essa primeira corrente.

A segunda corrente que apresenta fortes razões de que o sobrevivente ficaria em situação inferior à do companheiro, caso a concorrência seja apenas concernente aos bens particulares, posto que a teor do disposto no art. 1.790, I, do Código Civil, foi assegurado ao companheiro o direito à meação e à herança dos bens comuns.

Por outro lado, a terceira, como nos dizeres de Dias (2013, p.170) que ao contrário das anteriores, exclui a sucessão do cônjuge no tocante à existência de bens particulares, uma vez que além de transgredir o princípio norteador do direito sucessório que segue os vínculos parentais, poderia causar enriquecimento sem causa ao conferir ao viúvo direito a bens que ele não ajudou a amealhar.

Respeitável posicionamento, ao se considerar que bens adquiridos por sucessão, bens de família, que porventura, devam possuir valor além do patrimonial, os quais são excluídos da comunhão com a dissolução do casamento em vida, possam ser transmitidos a herdeiros bem diversos do que os descendentes do titular por ocasião de sua morte.

Nada mais justo que se respeite *post mortem* o que fora pactuado em vida pelos consortes, na escolha do regime de casamento.

E finalmente, a quarta que embora, apresentada como dessa forma, também a exemplo da anterior, leva em consideração o que fora pactuado em vida pelos consortes ao optarem pelo aludido regime de bens.

Numa interpretação teleológica do dispositivo do Código Civil, tem-se pela exposição de motivos do Anteprojeto do Código, elaborada pelo jurista Reale

(BRASIL, 1975), na condição de Supervisor da Comissão elaboradora e Revisora do Código Civil, que o legislador buscou dar ao cônjuge casado no regime da comunhão parcial de bens uma proteção maior, uma vez que passava do regime da comunhão universal, que importa na comunicação total do patrimônio, para aquele regime com certas restrições. Desta feita, elevou-o à condição de herdeiro necessário concorrendo com os descendentes e ascendentes, com as devidas cautelas e limitações que importaram nas distinções legais.

Assim, seria injusta a interpretação que privasse o cônjuge sobrevivido da sucessão nos bens particulares, pois, ao fazê-lo estaria repelindo a própria finalidade do dispositivo de lei.

Malgrado os demais argumentos jurídicos, todavia, admissíveis, principalmente, aquele que aduz pela inconstitucionalidade desta regra doutrinária pelo fato de conferir tratamento desigual ao cônjuge e ao companheiro, na verdade, todos eles possuem suas incongruências na exegese e, portanto, de modo a não claudicar, a melhor solução, seria de fato a alteração no Código Civil a extinguir a condição de concorrência do cônjuge com os descendentes, condicionada ao regime de bens.

Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional, Projeto de Lei n. 4.908/12, que visa entre outros, alterar o art. 1.829, I, do Código Civil e sanar as graves injustiças advindas do novo diploma legal em relação à sucessão do cônjuge. Além de mencionar projetos anteriores que foram propostos com esse mesmo objetivo, o PL n. 4.908/12 propõe que a novel redação do dispositivo em comento passe a vigorar da seguinte forma:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
-aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro;
(...)

Desse modo, em consonância com a nova proposta de redação do aludido dispositivo de lei, extinguindo-se a concorrência condicionada ao regime de bens, tem-se que a corrente que mais se aproxima daquela e que poderia ser adotada até que de fato, procedam-se as alterações no mencionado dispositivo de lei seria a segunda, pois seria garantido ao cônjuge o direito à meação, justo, posto que contribuiu para a aquisição daqueles bens e o direito à herança nos demais, uma vez que fora elevado à condição de herdeiro necessário.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo discorrer a respeito das diversas controvérsias geradas na interpretação do art. 1.829, I, do Novo Código Civil, concernente ao direito de concorrência entre cônjuge e descendentes na sucessão hereditária quando do casamento realizado no regime da comunhão parcial de bens.

Em suma, extrai-se do exposto que a doutrina é uníssona ao ressaltar a redação intrincada do dispositivo e a necessidade de reforma da lei.

E embora se tenha como paradigma o aresto do STJ, REsp n. 1.117.563/SP, 3ª Turma/STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, ainda não se colocou fim às divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

A intenção do legislador no novo diploma legal foi a de dispensar ao cônjuge brasileiro proteção especial, de modo a elevá-lo à condição de herdeiro necessário, assim como fizera com os ascendentes e descendentes, além de conferi-lo o direito de concorrência.

De fato, essa inovação legislativa assegurou maiores direitos ao viúvo, referente ao acervo patrimonial, em que avançara de mero usufrutuário para herdeiro necessário, garantindo-lhe parte da legítima e assegurando-lhe bens suficientes à sua sobrevivência.

Porém, em razão das impropriedades técnicas na redação do dispositivo em comento, doutrina e jurisprudência dissentiram na exegese do artigo, principalmente no tocante ao direito de meação e de herança ao cônjuge supérstite, motivo de insegurança jurídica aos jurisdicionados, aos professores que enfrentam grandes desafios ao lecionarem sobre o tema em sala de aula, aos discentes, e a todos os operadores do direito, de forma geral.

No regime da comunhão parcial de bens, como assentado por Dias (2013, p. 170), existem três conjuntos de bens, os quais geram a possibilidade de composição do acervo patrimonial de três modos distintos: a) de bens exclusivos de cada um dos cônjuges; b) somente de bens comuns; c) de bens comuns e particulares.

Em razão dessa complexidade de bens e da redação obscura do aludido dispositivo surgiram diversas interpretações por parte dos operadores do Direito, cabendo aos tribunais resolver as situações fáticas da maneira que mais se aproximem da intenção do legislador.

Ademais, existem incongruências que requerem maior atenção, como no caso do companheiro, onde o regime também é o da comunhão parcial de bens (Código Civil, art. 1.725).

Conforme se depreende do art. 1.790, I, do Código Civil, o companheiro além de meeiro, disputa com os descendentes a herança do falecido naqueles bens que lhes eram comuns.

De tal modo que, levando-se em consideração o pensamento majoritário da doutrina – que na ausência de bens particulares, caberia ao cônjuge somente o direito de meação –, este estaria em desvantagem em relação ao companheiro que por força do art. 1.790, I, do Código Civil, teria direito, além da meação, de concorrência com os herdeiros nos bens amealhados durante a união.

O que, de certo modo também ofenderia ao Princípio da Isonomia entre a união estável e o casamento assegurado no art. 226, §3º da CF/88, pois assim como na sucessão do companheiro deve-se observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, o contrário também deve ocorrer, o companheiro não poderia ter tratamento diferenciado, na espécie, mais benéfico em relação ao cônjuge.

Por outro lado, para aqueles, como Dias (2013, p. 170), que defendem a não participação do cônjuge nos bens particulares, não alcançaria a intenção do legislador de encerrar as injustiças promovidas ao sobrevivente por ocasião do regime de bens adotado.

Para pôr fim a esse debate, conforme consignado acima, a melhor solução seria aquela que alterasse o dispositivo de lei, com a aprovação do Projeto de Lei n. 4.908/12 em tramitação no Congresso Nacional, mas, sabe-se que em razão da demora no processo legislativo, essa poderia não ser uma solução tão imediatista como se objetiva e precisa.

De modo que seria mais pertinente que se adotasse o posicionamento da segunda corrente, capitaneada por Diniz (2013, p. 147), visto ser a que mais se coaduna com o proposto pelo referido Projeto de Lei em que se assegura ao cônjuge o direito à herança sobre todo o acervo patrimonial, posto que a meação seria dele por direito legítimo, pois ajudou a amealhar e o direito concorrencial abrangeria a totalidade do acervo, uma vez que fora elevado à condição de herdeiro necessário.

Espera-se, contudo, em nome da Segurança Jurídica, um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, que se coloque fim a toda essa

celeuma gerada pela impropriedade técnica do dispositivo de lei, seja pela alteração literal do artigo, seja por meio de uma jurisprudência uniforme, firme e consolidada, de modo que os jurisdicionados que dela se valham sintam-se seguros em seus direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 14 out. 2013.

_____.Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil Dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em 14 out. 2013.

_____.Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14 out. 2013.

_____.Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 14 out. 2013.

_____.ANTEPROJETO de lei. Diário do Congresso Nacional. Seção I, Suplemento B. **Código Civil**. Brasília, DF, 1975, p.124.

_____.PROJETO de lei. **PL 4908**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=83CD648522BAD883142D2C866DE23B3C.node1?codteor=1052172&filename=PL+4908/2012>. Acesso em 15 out. 2013.

_____.Conselho da Justiça Federal. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em 21 out. 2013.

_____.Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 992.749/MS**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 1.12.2009, publicado no DJe de 05/02/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5015618&num_registro=200702295979&data=20100205&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 15 out. 2013.

_____.Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.117.563/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 17.12.2009, publicado no DJe de 06/04/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1117563&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 974.241/DF**. Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 07.06.2011, publicado no DJe de 05.10.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=974241&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em 15 out. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.111.095/RJ**. Rel. Juiz Fed. conv. Carlos Fernando Mathias, 4ª Turma, julgado em 1/10/2009, publicado no DJe de 11.02.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1111095&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 992.749/MS**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em: 1/12/2009, publicado no DJe de 05/02/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=992749&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 802.372/ MG**. Rel. Min. Nancy Handrighi. 3ª Turma, julgado em 16.09.2008, publicado no DJe de 10/12/2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_802372_MG_16.09.2008.pdf>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Agravo de Instrumento n. 2004.00.2.009630-8/DF**. Rel. Des. Dácio Vieira, 5ª Turma Cível, julgado em 10.10.2005, publicado no DJU, seção 3, de 25/05/2006, p. 151. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=244885>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Agravo de instrumento n. 2012.00.2.012362-0/DF**. Rel. Des. Cesar Laboissiere Loyola, 3ª Turma Cível, julgado em 10.10.2012, publicado no DJe de 26.11.2012. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=631130>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de instrumento n. 1.0024.12.028476-5/002**. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Red. para o acórdão desembargador Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível/TJMG, julgado em 9.5.2013, publicado no DJe de 20/5/2013. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=requerimento%20bens&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=1-8&dataPublicacaoInicial=20/05/2013&dataPublicacaoFinal=20/05/2013&dataJulgamentoInicial=09/05/2013&dataJulgamentoFinal=09/05/2013&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0000.00.279552-4/000**. Rel. Des.(a) Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, 3ª Câmara Cível, julgado em 17.10.2002, publicado no DJU de 8/11/2002 Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.279552-4%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 15 out. 2013.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n. 139.185-4/7-00-SP**. Rel. Ênio Santarelli Zuliani, 3ª Câmara de Direito Privado, julgado em 3.6.2003. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=2317159&vlCaptcha=pmqpu>>. Acesso em 15 out. 2013.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda, Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 4ª ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Maria Berenice. **Ponto e vírgula**. Disponível em: www.mariaberenice.com.br. Acesso em 14 out. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Orlando Gomes. **Sucessões**. 10ª ed. atual. por Humberto Teodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____, Orlando Gomes. **Sucessões**. 14ª ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XXI.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1964. v.1.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina, B.M.F. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 37ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. v.6.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 6.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de Herança: A nova ordem da Sucessão**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião. **Inventários e Partilhas: Direito das Sucessões – Teoria e Prática**. 23ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.

PELUSO, Cezar (Coord.); ANTONINI, Mauro. **Código Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Manole, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 18ª ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7.