**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**
**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI**
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MAYSA PASSOS RODRIGUES**

# CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE E OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

**BARBACENA**
**2015**

**MAYSA PASSOS RODRIGUES**

# CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE E OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientadora: Prof.ª Esp. Cristina Prezoti

**BARBACENA**
**2015**

**CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE O CÔNJUGE E OS DESCENDENTES NO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena, da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 02/12/2015

**BANCA EXAMINADORA:**

Esp. Cristina Prezoti - Orientadora
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Esp. Lucas de Souza Garcia
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Esp. Luiz Carlos Rocha de Paula
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Dedico este trabalho ao meu pai Jerônimo por sempre ter apostado no meu sucesso e ser o maior responsável por isso, e à minha mãe Luíza, que foram fundamentais para a conclusão de mais essa etapa de minha vida.

**Agradecimentos**

Primeiramente a Deus por me dar força.

À Prof.ª Cristina Prezoti, por ser minha orientadora e pela contribuição profissional em meu trabalho.

À minha irmã Jeísa pelo incentivo.

“Há homens que lutam um dia e são bons. Há outros que lutam um ano e são melhores. Há aqueles que lutam muitos anos e são muito bons. Mas há os que lutam por toda a vida. Estes são os imprescindíveis”.

(Bertol Brecht)

## Resumo

A presente monografia trata do tema da concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens. Na fase de desenvolvimento será abordada a sucessão no antigo diploma e a inovação do Código Civil de 2002 que valoriza a posição do cônjuge, passando ao primeiro lugar da sucessão concorrendo com os descendentes à herança, dependendo esse direito, do regime de bens adotado no casamento do cônjuge, tendo como foco principal do trabalho o regime da comunhão parcial de bens, suas discussões doutrinárias e a uniformização do STJ quanto a esse regime.



**Palavras-chave:** Concorrência sucessória. Cônjuge e Descendentes. Código Civil de 2012, artigo 1829, I. Regime de bens. Comunhão parcial de bens.

**Abstract**

This monograph deals with the issue of successory competition of the spouse with the descendants in the scheme of partial property. The development phase will talk about the succession in the old diploma and innovation of the Civil Code of 2002 which values the spouse's position, going through to the first place of succession concurring with the descendants to heritage, depending on this right, the property system adopted in the spouse's marriage, how main focus of the work in the regime partial property, their discussions doctrinal and standardization the Supreme Court on this regime.

**Keywords:** Successory competition. Spouse and Descendants. Civil Code 2012, Article 1829, I. Property system. Partial property.

**Sumário**


**1 Introdução** ..... 17

**2 Direito Sucessório no direito brasileiro no Código Civil de 1916** ..... 19

**3 Concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança na vigência do Código Civil de 2002** ..... 21

**3.1 Meação e Herança** ..... 21

**4 Ponderações acerca dos efeitos da escolha do regime de bens** ..... 29

**5 Dos bens que tocarão ao cônjuge em concorrência com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens** ..... 33

**5.1 Regime da Comunhão Parcial de Bens sem Bens Particulares ou Exclusivos** ..... 33

**5.2 Regime da Comunhão Parcial de Bens com Bens Particulares ou Exclusivos** ..... 33

**5.3 STJ Uniformiza Entendimento sobre Herança em Comunhão Parcial de Bens** ..... 36

**6 Considerações finais** ..... 39

**Referências** ..... 41

## 1 Introdução

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente só tinha sua herança deferida se, ao tempo da morte do de cujus, o casal estivesse separado judicialmente, na falta de descendentes e ascendentes, visto que no antigo diploma o regime de bens não tinha ligação total com o direito sucessório.

O Código Civil de 2002 alterou profundamente esse panorama, trazendo importantes modificações sucessórias e diversas discussões doutrinárias. Dentre essas alterações trazidas pelo Código Civil de 2002, destaca-se a questão da concorrência do cônjuge com descendentes do falecido, inovação que valoriza a posição do cônjuge que passa a ter o primeiro lugar na sucessão disputando a herança com os descendentes. Porém esse direito depende do regime de bens adotado no casamento do cônjuge e à forma de aquisição dos bens.

O Novo Código Civil também inovou ao aliar o direito das sucessões ao regime matrimonial de bens acertados causando uma grande controvérsia na doutrina em relação à concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do falecido no regime da comunhão parcial de bens, gerando tantos entendimentos distintos que se torna difícil dizer qual prevalecerá nas decisões judiciais.

Em razão da abundância de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, é importante a análise dos dispositivos legais a fim de se concluir qual pode ser o direito sucessório do cônjuge em concorrência com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens.

## 2 Direito Sucessório no direito brasileiro no Código Civil de 1916

A sucessão no antigo Código Civil era regulada pelo artigo 1.603, a saber:

> [...] Art.1603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> I – aos descendentes;
> II – aos ascendentes;
> III – ao cônjuge sobrevivente;
> IV – aos colaterais;
> V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (Redação dada pela Lei nº 8.049, de 20.6.1990).

"O estudo do direito sucessório do cônjuge no Código velho era mais simples. O cônjuge sobrevivente só teria direito à herança na falta dos descendentes e ascendentes, salvo se fosse beneficiado por algum testamento". Nesse sentido Tartuce e Simão (2008, p.152) dizem:

> [...]Pelo dispositivo analisado, deixando o *de cujus* descendentes, os ascendentes, cônjuge e colaterais não eram chamados a suceder. Dessa forma, pelo Código Civil de 1916, deveria ser cumprida a vontade presumida do morto, antes analisada. Tendo filhos, presumia-se que o falecido gostaria que todos os seus bens fossem entre eles partilhados, assim não havia concorrência com os ascendentes ou mesmo com o cônjuge do falecido. Por outro lado, se não deixasse descendentes, chamava-se a segunda classe de herdeiros, os ascendentes. No último caso, excluídos estavam os cônjuges e os colaterais. Ato contínuo, não havendo descendentes nem ascendentes, o cônjuge era chamado a sucessão. Por fim, se o falecido não deixasse descendentes, ascendentes ou cônjuge, só então os colaterais eram chamados à sucessão.

Assim, apenas nos casos de falta dos descendentes e ascendentes era que o cônjuge era chamado a suceder, logo, na maioria das vezes não fazia jus a herança, lhe restando apenas as prerrogativas do direito real de habitação na residência única da família e se casado no regime da comunhão universal de bens, ou se casado sobre outro regime, tinha direito de usufruto sobre a metade ou quarta parte a herança, conforme tivesse filhos ou não com o autor da herança.

## 3 Concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do autor da herança na vigência do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 inovou no que diz respeito à matéria sucessória, dispondo acerca da nova ordem de vocação hereditária no artigo 1829, inciso I:

> 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[...]

Ocorre que o artigo mencionado é alvo de diversas interpretações, em decorrência de um sinal de pontuação, o qual, de acordo com cada entendimento, faz com que o artigo tenha um ou outro significado.

Porém, por trás da muito criticada redação conferida ao artigo supracitado, é possível identificar qual foi à verdadeira intenção do legislador ao conferir ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer com os descendentes, valorizando assim a posição do cônjuge, mas esse direito depende do regime de bens adotado no casamento e à forma de aquisição dos bens.

### 3.1 Meação e Herança

Antes de adentrar na questão propriamente dita, é importante fazer a distinção entre os direitos à meação e à herança.

A meação é um direito dos cônjuges e depende diretamente do regime de bens do casal, sendo devida nos casos em que a união conjugal é extinta, não apenas pela morte, mas também por divórcio. A meação é composta por metade dos bens que constituem o acervo patrimonial comunicado do casal.

A herança, por sua vez, tem origem pela morte e, no momento dessa, os bens são imediatamente transmitidos aos sucessores, sendo composta pela parte do patrimônio que é atribuída ao falecido.

Sendo assim, depois de apurada a meação, constitui-se a herança, do patrimônio restante, sendo transmitida aos seus sucessores em obediência à ordem da vocação hereditária.

## 3.2 Sucessão do Cônjuge Sobrevivente

A sucessão do cônjuge, como já dito, sofreu profunda modificação no novo Código.

A primeira alteração importante foi à colocação do cônjuge como herdeiro também nas duas primeiras classes preferenciais, em concorrência, portanto, com os descendentes, conforme disposto o artigo 1.829, I do Código Civil de 2002.

Tal disposição substitui o usufruto vidual, e com grandes vantagens, pois agora o cônjuge tem não apenas o usufruto, mas direito a parte da herança, conforme nos ensina Maria Helena Diniz(2009, p.1295), nos termos do artigo 1.831 do Código Civil de 2002:

> [...]Assim não ficará privado de moradia, nem desamparado.
> [...] Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Essa previsão evita que ao tempo da morte de um dos cônjuges, e para o caso de possuírem apenas imóvel, esse não seja vendido pelos descendentes ou ascendentes com o fim de ser partilhado até que o sobrevivente contraia novo casamento ou união estável, para que, só a partir daí, possa ser vendido e partilhado.

Pela disposição legal de 2002, conforme já dito anteriormente, o cônjuge herda juntamente com os descendentes, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens, ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. Ou seja, herda o cônjuge se for casado com regime de separação total de bens, participação final nos aquestos ou, não havendo bens particulares, comunhão parcial de bens.

Em segundo lugar, herdam os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Aqui a lei não faz distinção quanto ao regime de bens do casamento; em qualquer regime o cônjuge tem direito à concorrência na sucessão. Nos termos do artigo 1.837 do novo diploma, concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; mas lhe

caberá a metade da herança se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

Mantendo a igualdade com o sistema passado, o artigo 1.838 do Código Civil de 2002 dispõe: “[...]Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente”.

Mantém também o novo Código o direito real de habitação em seu artigo 1.831, estendendo-o a qualquer regime de bens. Não repetiu o novo Código a expressão “enquanto viver e permanecer viúvo”. Obviamente o direito só existe enquanto viver o cônjuge, não sendo transmissível com sua morte. Quanto à exigência de que permaneça viúvo, parece-nos revogada, embora seja criticável a nova disposição legal, em face do caráter assistencial do instituto. É inconveniente que o imóvel permaneça gravado, onerando o herdeiro em benefício do cônjuge que já se casou de novo e que, provavelmente, não necessita mais do benefício.

O novo Código acrescenta uma restrição para o cônjuge no artigo 1.830, seu direito sucessório se encerra não apenas com a dissolução da sociedade conjugal, como no Código anterior, mas também com a separação de fato por mais de dois anos. Trata-se, de inovação inadequada, tendo em vista que a separação de fato não extingue a sociedade conjugal, não devendo ser causa de extinção dos direitos conjugais. Mas pode o cônjuge provar que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. Maria Helena Diniz (2009, p.1.295) comenta:

> Protege-se, juridicamente, o consorte supérstite, deferindo-se lhe a sucessão, se, ao tempo da morte do outro preenchendo os requisitos gerais legais, do art. 1.830, não estava separado extrajudicial e judicialmente nem de fato a mais de dois anos, salvo se comprovar ocorrendo a ultima hipótese, que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente [...].

Por fim, cabe referir uma outra alteração importante no tocante à sucessão do cônjuge, passa ele a ser considerado herdeiro necessário, no artigo 1.845 do Código Civil de 2002. Isto significa dizer que o cônjuge não pode mais ser afastado da sucessão por mero capricho do *de cujus*, simplesmente testando em favor de terceiro. Somente por meio da deserdação poderá o testador afastar seu cônjuge da sucessão.

Mas aqui também reside o maior defeito do novo Código nesse campo, embora o cônjuge passe a ser herdeiro necessário, não cuida o novo diploma da sua deserdação. Com efeito, embora o artigo 1.961 do Código Civil de 2002 preveja a deserdação dos herdeiros necessários e os dois artigos seguintes tratem, respectivamente, das causas de deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes por seus descendentes, não há no novo Código dispositivo que preveja as causas de deserdação do cônjuge. Silvio de Salvo Venosa (2012, p.133) escreve: “[...] A doutrina sempre defendeu a colocação do cônjuge como herdeiro necessário, posição que veio a ser conquistada com o Código de 2002, embora sob condições.”

Não sendo possível a aplicação da analogia em matéria restritiva de direito, a omissão da lei fica sem qualquer possibilidade de solução, até porque as hipóteses de deserdação tratadas na lei não seriam mesmo aplicáveis aos cônjuges. Assim, até que se supra tal omissão, o cônjuge, embora herdeiro necessário, não pode ser deserdado.

### 3.2.1.A reserva da quarta parte da herança

Para que se compreenda esse tópico, é importante citar o artigo 1.832 do Código Civil de 2002:

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

Inicialmente, é interessante fazer uma importante distinção para que se compreenda o artigo, nos conceitos dados por Tartuce e Simão (2008, p.186):

> Filiação comum é aquela em que o cônjuge é ascendente dos herdeiros com quem concorre na sucessão. Filiação exclusiva é aquela que o cônjuge sobrevivente não é ascendente dos herdeiros com quem vai concorrer. Ainda tem filiação híbrida, em que o falecido deixa tanto descendentes comuns quanto exclusivos[...].

Então, interpretando o artigo, o cônjuge quando concorrer com os filhos comuns não poderá receber quota inferior a 25% (vinte e cinco por cento) da

herança. Agora, quando o sobrevivente concorrer com os filhos exclusivos do falecido, não existirá esse teto.

Ou seja, havendo apenas um descendente, esse divide a herança meio a meio com o cônjuge sobrevivente. Havendo dois descendentes, um terço tocará a cada um deles e a outra terça parte tocará ao cônjuge. Havendo três ou mais descendentes herdeiros, o cônjuge receberá sempre ¼ (um quarto) da herança, caso seja ascendente desses.

Sobre esse tema, segue uma importante jurisprudência:

> ARROLAMENTO - ESBOÇO DE PARTILHA - ASSINATURA DOS SUCESSORES - FIRMA RECONHECIDA - PROCURAÇÃO OUTORGADA AO CAUSÍDICO - IMPOSSIBILIDADE - OUTORGA UXÓRIA - NECESSIDADE - A disposição do patrimônio do de cujus deve observar uma série de regras dispostas no Código Civil, dentre as quais a verificação da ordem de vocação hereditária elencada no seu art. 1.829. O art. 1.832 dispõe que em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Assim, havendo filhos somente do de cujus, o cônjuge receberá mesmo quinhão reservado aos descendentes daquele. Porém, caso os únicos filhos do de cujus sejam comuns à viúva, caberá a esta cota mínima de ¼ dos bens a serem inventariados. Desta forma, a partilha dos bens deixados pelo inventariado não pode ser realizada de forma livre pelos seus herdeiros legítimos, devendo ser observada a cota reservada para cada sucessor, ressaltada a condição de meeiro do cônjuge de acordo com o regime de bens, observada a cota mínima[...].” (TJRJ; AI 2006.002.18435; Décima Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos; Julg. 17/01/2007)

O problema surge, no entanto, caso existam mais de três descendentes exclusivos do falecido, ou mesmo exclusivos e comuns, somados. Nesse caso, questiona se deverá ser reservado um quarto da herança para o cônjuge, ou isso ocorre apenas para o caso em que só haja herdeiros comuns do casal.

Uma parte da doutrina entende que sim, terá o cônjuge direito à reserva de um quarto no caso de filiação híbrida, interpretando o dispositivo de uma maneira menos benéfica em relação aos filhos exclusivos. A essa corrente filiam-se Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Hironaka e Sílvio de Salvo Venosa.

De outro lado, parte significativa da doutrina sustenta o contrário, que em caso de filiação híbrida, o cônjuge não terá garantida a sua quarta parte, herdando sempre porção da herança igual àqueles. Afirmam tratar-se de uma

exceção propositalmente instituída no código, buscando preservar a igualdade de condições entre os descendentes exclusivos do falecido e o cônjuge sobrevivente, uma vez que os descendentes não herdarão, posteriormente, o patrimônio recebido pelo cônjuge sobrevivente quando esse falecer, já que dele não são descendentes.

O artigo 227, § 6° da Constituição Federal de 1988, e o artigo 20 do Estatuto da Criança e adolescente proíbem distinção entre a filiação havida dentro ou fora do casamento. Dessa forma, garantir ao cônjuge a reserva de um quarto em caso de filiação híbrida representa situação discriminatória em relação aos filhos exclusivos do falecido, uma vez que somente os filhos comuns do casal receberiam indiretamente, quando da futura morte do cônjuge sobrevivente, essa diferença. Compartilham desse mesmo entendimento autores como Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Zeno Veloso, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Rolf Madaleno, Mario Roberto Carvalho Faria, dentre outros autores.

Importante ainda mencionar a existência de uma terceira corrente, a qual sustenta que o mais justo, nesse caso, seria realizar uma divisão proporcional do quinhão destinado aos filhos exclusivos do falecido e daquele destinado aos filhos comuns do casal. Os filhos exclusivos dividiriam igualmente entre si os seus respectivos quinhões e, de outro lado, os filhos comuns do casal receberiam seus quinhões depois de descontado o equivalente a um quarto da herança, operação essa que se realizaria, pois, apenas sobre o quinhão dos filhos comuns.

Com essa solução, estaria resguardado o direito de reserva de um quarto ao cônjuge em concorrência com seus descendentes e, ao mesmo tempo, não haveria qualquer prejuízo ou tratamento desigual em relação aos filhos exclusivos do *de cujus.*

Assim, para concluir, segue a linha de entendimento do professor Silvo Venosa (2012 p.6):

> [...] Se, porém, o cônjuge sobrevivo concorrer com os descendentes do morto dos quais o sobrevivo não seja ascendente, não há reserva da quarta parte, sendo a herança dividida em partes iguais com os que recebem por cabeça. Se, porém, concorrer com descendentes comuns e descendentes apenas do *de cujus*, há que se entender que se aplica a garantia mínima da quarta parte em favor do cônjuge. O legislador não foi expresso nessa concorrência híbrida, mas parece ser esse espirito da lei. Qualquer outra forma de divisão, a nosso ver, existindo dois grupos de descendentes, seria ilógica e, em principio, impossível de ser feita. O

> que é mais lamentável é que a situação deixada em branco pelo legislador é comuníssima, pois são muitíssimas as sucessões que se abrem com filhos comuns e filhos somente do *de cujus*. Essa omissão legislativa é absolutamente imperdoável.

### 3.3 Sucessão dos Descendentes

Quanto aos descendentes, insiste observar que esses são herdeiros por excelência, e assim são as primeiras pessoas a serem chamadas a suceder os bens deixados pelo *de cujus.* Assim já tinha previsão no Código Civil de 1916, nos qual os descendentes já eram os primeiros a herdar, de maneira efetiva, ficando excluídos todos os demais parentes do falecido. Nesse tocante, vale citar a lição de Gonçalves (2011, p.162):

> [...] A lei privilegia a classe dos descendentes, colocando-os em primeiro plano no rol dos herdeiros sucessíveis. A prioridade é respeitada por todos os Códigos e assenta em duplo fundamento: a continuidade da vida humana e a vontade presumida do autor da herança. São contemplados, genericamente, todos os descendentes (filhos, netos, bisnetos etc), porém os mais próximos em grau excluem os mais remotos, salvo os chamados por direito de representação.

Desta forma, com força dos arts. 1829 e 1833 do Código Civil de 2002, podemos chegar a conclusão de que a existência de herdeiros de uma classe exclui do chamamento à sucessão da classe seguinte, sendo em primeiro lugar chamados a suceder os filhos do autor da herança. Homem e mulheres tem direitos iguais. A primazia concedida aos filhos se fundamenta no senso comum de que o amor pelos descendentes é mais intenso e mais vivo. Devem eles, por conseguinte, herdar em primeiro lugar, porque essa a vontade presumida do *de cujus*.

Diz o artigo 1835 do Código Civil que: “[...] Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme sem achem ou não no mesmo grau.”

Por exemplo, sendo dois filhos herdeiros, todos recebem quota igual (sucessão por cabeça ou direito próprio), porque se acham à mesma distância do pai, como parentes em linha reta. Se um desses filhos é pré-morto e deixou dois filhos, netos dos *de cujus*, há diversidade em graus, a sucessão é dada por estirpe, dividindo a herança em duas partes iguais: uma será atribuída ao filho

vivo e a outra subdivida em partes iguais aos netos que herdarão representando o pai pré-morto. Assim, os filhos sucedem por cabeça e os netos por estirpe. Porém, no caso em que todos os filhos já faleceram, deixando filhos (netos do finado), estes receberão quotas iguais, por direito próprio, herdando por cabeça, pois encontram-se todos no mesmo grau. Essas quotas são chamadas de avoengas, por serem diretamente transmitidas de avô para netos.

A regra que iguala os direitos dos netos quando somente eles concorrem à herança, sofre críticas de alguns doutrinadores, que a consideram injusta. Argumentam que, se concorrem seis netos do avô, quatro de um filho e dois de outro, os quatro primeiros terão suas quotas aumentadas, pela intercorrência do falecimento de seu tio antes da abertura da sucessão; e os dois últimos por motivo idêntico, terão as suas quotas diminuídas.

Porém, o legislador, considerando reversível o argumento empregado pelos aludidos críticos, tendo em vista que a regra tradicional, da sucessão por estirpe, pode mostrar-se contrária quando forem mais ou menos numerosas as proles dos filhos pré-mortos, excedendo em desvantagem econômica para uns herdeiros e em vantagem para outros. Confirma-se, assim, que os netos do falecido poderão receber quinhão maior ou menor na sucessão do avô, conforme herdam por direito próprio ou por representação.

Nas palavras de Orlando Gomes (2004, p.55):

> [...] Outra regra sucessória importante é a que atribui aos descendentes o direito à legítima, pertencendo-lhes, pleno jure, metade da herança. Em consequência, o ascendente não pode dispor senão da outra metade. Caso prejudique, em testamento, a legítima dos descendentes, reduzem-se as liberalidades até o limite da integridade da parte indisponível.

## 4 Ponderações acerca dos efeitos da escolha do regime de bens

A primeira situação indicada na ordem da vocação hereditária listada pelo Código Civil de 2002 é a do cônjuge concorrendo com os descendentes, apontando-a como regra, para então, no mesmo inciso, em sua parte final, indicar as exceções, isto é, as situações nas quais o viúvo é excluído da condição de herdeiro, em razão do tipo de regime de bens adotado.

Desta forma, interpretando o mencionado dispositivo e considerando que o mesmo indica a participação concorrente do cônjuge como regra para depois listar a exceções, pode-se concluir que o direito sucessório do cônjuge em concorrência com os descendentes depende do regime de bens adotados no casamento, sendo esses regimes os seguintes:

Regime da separação de bens: “[...] Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.”

Regime da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança houver deixado bens particulares: “[...] Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes.”

O regime da comunhão parcial dos bens é o mais completo e justo regime de bens previsto no Código Civil de 2002. Nele, todos os bens que cada cônjuge possuía antes de se casar continuam na titularidade exclusiva de cada um, sendo os bens adquiridos com esforço comum na constância do casamento de titularidade dos cônjuges.

Regime da participação final dos aquestos:

> [...] Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Deste modo, observando as situações nas quais é assegurada a concorrência do cônjuge com os descendentes, manifesta-se a lei claramente com objetivo de não deixar o cônjuge desamparado, haja vista que figura como

herdeiro concorrente justamente nas hipóteses em que o mesmo não possui direito à meação, exceto no regime da participação dos aquestos.

Em sentido inverso, é possível constatar que a hipóteses de exceção são justamente aquelas em que a meação é alcançada ao cônjuge supérstite, salvo no regime da separação obrigatória de bens, dadas as particularidades que lhes são próprias.

De outro lado, não se pode deixar de mencionar a má redação do inciso em comento, no que diz respeito a sua última parte, a qual consta a expressão “no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”, gerou divergentes interpretações na doutrina, que será tratado no próximo capítulo.

Finalmente, cabe registrar que na hipótese do casamento ser realizado sob o regime da comunhão universal de bens e existirem descendentes, por força do artigo 1829 do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente não terá direitos hereditários, subsistindo o seu direito à meação, o que de modo algum se confunde com herança, uma vez que, conforme já salientado, esse é um direito seu inclusive anterior ao falecimento do consorte. Da mesma forma, na hipótese de separação obrigatória, havendo descendentes, o cônjuge também fica excluído do rol de sucessores, já que assim é determinado pelo dispositivo legal.

O regime da separação obrigatória de bens existe como meio de proteção a algumas pessoas em situações específicas. Previsto no Art. 1.641 do Código Civil de 2002, o regime da separação obrigatória dos bens não permite a comunicação dos bens do casal, ficando cada cônjuge com a titularidade de seus bens, mesmo aqueles adquiridos durante o casamento, desde que não seja em caráter oneroso.

> “[...] Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
> I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
> II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
> III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial."

Para facilitar a identificação das consequências do regime de bens na questão sucessória, segue a tabela comparativa (Tabela 1), que se refere ao caso da concorrência do cônjuge com os descendentes:

TABELA 01

| Regime de bens | Meação | Direito Sucessório (nos termos do art. 1.832 CC) |
|---|---|---|
| Comunhão universal | Sim | Não |
| Comunhão parcial | Metade dos aquestos | Sim |
| Participação final dos aquestos | Metade dos aquestos | Sim |
| Separação de bens | Sim | Sim |
| Separação obrigatória | Sim | Não |

Fonte: Da Autora

Nessa linha de entendimento, a Segunda Seção do STJ já consolidou jurisprudência no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido:

> [...] RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INVENTÁRIO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO TOTAL. PACTO ANTENUPCIAL POR ESCRITURA PÚBLICA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONCORRÊNCIA NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA COM DESCENDENTES. INEXISTÊNCIA. CONDIÇÃO DE HERDEIRO NECESSÁRIO. RECONHECIMENTO. EXEGESE DOS ARTS. 1.829, III, 1.838 E 1.845 DO CC/02. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 282/STF. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se o regime de separação total dos bens, estabelecido em pacto antenupcial, retira do cônjuge sobrevivente a condição de herdeiro necessário, prevista nos arts. 1.829, III, 1.838 e 1.845 do Código Civil, ou seja, quando não há concorrência com descendentes ou ascendentes do autor da herança. 2. Na hipótese do art. 1.829, III, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário independentemente do regime de bens de seu casamento com o falecido. 3. O cônjuge herdeiro necessário é aquele que, quando da morte do autor da herança, mantinha o vínculo de casamento, não estava separado judicialmente ou não estava separado de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo, nesta última hipótese, se comprovar que a separação de fato se deu por impossibilidade de convivência, sem culpa do cônjuge sobrevivente. 4. O pacto antenupcial que estabelece o regime de separação total somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial. 5. O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço

> no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade patrimonial não se perpetua post mortem. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.(STJ, REsp1.294.404/RS, Rel. Ministro Villa Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJ 29/10/2015).

O relator do processo, ministro Villa Bôas Cueva (2015), explicou que o Código Civil prevê que a sociedade conjugal termina com o falecimento de um dos cônjuges. Dessa forma, ele entende que não cabe ao magistrado, intérprete da lei, estender os efeitos do pacto antenupcial para além do término do casamento. Assim ele também afirma:

> [...] O cônjuge herdeiro necessário é aquele que, quando da morte do autor da herança, mantinha o vínculo de casamento, não estava separado judicialmente ou não estava separado de fato há mais de dois anos, salvo, nesta última hipótese, se comprovar que a separação de fato se deu por impossibilidade de convivência, sem culpa do cônjuge sobrevivente.

## 5 Dos bens que tocarão ao cônjuge em concorrência com os descendentes no regime da comunhão parcial de bens

Na forma da parte final do Art. 1.829 do Código Civil de 2002, quando o legislador trata quais serão os casos em que o cônjuge não concorrerá na herança, tem-se que *"[...] se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares."*

Nesse sentido, caso o falecido tenha deixado bens particulares, o sobrevivente tem o direito de concorrer na herança, mas caso aquele não tenha deixado bens particulares este só terá direito a meação, não podendo concorrer na herança.

### 5.1 Regime da Comunhão Parcial de Bens sem Bens Particulares ou Exclusivos

O legislador não deixou dúvidas ao dizer que o sobrevivente não concorrerá herança quando o "de cujus" não deixar bens particulares. E isso é completamente lógico, pois em relação aos bens comuns, automaticamente metade de todos os bens já são do supérstite, assim a outra metade irá para os descendentes, já que no caso de só haver bens comuns, iguala-se o regime da comunhão parcial de bens ao da comunhão universal de bens.

Desta forma, na falta de bens particulares, Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.151) ensina: "Entende o legislador que a confusão patrimonial já ocorrera desde a celebração da união nupcial, garantindo ao cônjuge sobrevivo, pela meação adquirida, a proteção necessária."

### 5.2 Regime da Comunhão Parcial de Bens com Bens Particulares ou Exclusivos

O que tem sido alvo de críticas é a grande divergência na interpretação de quais serão os bens que o cônjuge sobrevivente irá concorrer com os descendentes se o falecido tiver deixados bens particulares.

A dúvida se funda na interpretação do dispositivo, de modo que uma

corrente doutrinária entende que o sobrevivente concorrerá na herança apenas em relação aos bens particulares do *“de cujus”*, e, de modo contrário, outra defende que a concorrência será sobre a totalidade do espólio, incluindo bens particulares e bens comuns.

Uma corrente diz que se a lei não traz nenhuma restrição, não cabe interprete fazê-lo, de forma que, nesse caso, o cônjuge sobrevivente herdará sobre todo o patrimônio do casal. Além de receber metade dos bens comuns pela meação, ele ainda teria direito de herdar, em concorrência com os descendentes, mais uma parte da metade restante. Além disso, ainda concorreria com os descendentes quanto aos bens exclusivos do falecido, o que transbordaria em um tratamento extremamente privilegiado do cônjuge em relação aos demais herdeiros.

Assim, Maria Helena Diniz (2009, p.1294) ensina: “[...] o cônjuge viúvo, que os preencher, terá sua quota, considerando-se todo acervo hereditário e não apenas os bens particulares do falecido, em razão do disposto nos arts. 1.791 e parágrafo único, 1.832, 1.845 e 1.846 do novo código civil.”

Resumindo esse pensamento, Alice de Souza Birchal (2004, p.115) de forma perfeita, diz:

> [...] O cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, herdará em concorrência com os descendentes, a totalidade da herança, desde que o falecido tenha deixado bens particulares. A justificativa dessa interpretação gramatical reflete-se na interpretação pela ‘mens legis’ porque o ‘caput’ do art. 1.829 trata da sucessão legítima e, então, refere-se a todo o patrimônio deixado como herança pelo falecido, ou seja, ativo, passivo, bens particulares e bens da meação.

Assim, Carlos Roberto Gonçalves defende que o cônjuge não pode ser colocado em posição inferior aos descendentes na concorrência da herança. Inclusive, nos termos do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, o cônjuge herda em condição de igualdade com os descendentes, não recebendo quota inferior a ¼ da totalidade do espólio.

Segunda corrente defende que o artigo deve ser interpretado no sentido de que o cônjuge herda somente sobre os bens particulares, uma vez que já recebeu metade dos bens comuns pela meação. Essa corrente justifica seu entendimento segundo a finalidade do direito de concorrência, que é de promover uma partilha

justa entre os herdeiros, preservando os interesses da família e, ao mesmo tempo, presumindo a vontade do falecido.

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2012:p. 137/138) afirma:

> [...] O legislador visou proteger os descendentes, permitindo que o cônjuge só concorra na herança em relação aos bens particulares, pois em relação aos bens comuns o sobrevivente tem a meação garantida, e não seria justo que àqueles tenham direito apenas a uma pequena parcela da herança.

Confirmando o pensamento de Venosa, Euclides de Oliveira (2005, p.108), ensina:

> [...] Mais adequado e harmônico, portanto, entender que a concorrência hereditária do cônjuge com descendentes ocorre apenas quando, no casamento sob regime da comunhão parcial, houver bens particulares, porque sobre estes, então sim, é que incidirá o direito sucessório concorrente, da mesma forma que se dá no regime da separação convencional de bens.

Embora a corrente adotada por Venosa e Euclides de Oliveira, não se mostra interessante, de modo que se o cônjuge for colocado em desvantagem em relação aos descendentes, estes podem sair profundamente prejudicados, correndo o risco até mesmo de inteiro desamparo.

O sentido da norma é exatamente o de evitar situações como ocorriam na vigência do Código Civil de 1916, em que o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens poderia ficar sem nada, caso o falecido tivesse muitos bens particulares, mas nenhum bem comum.

Assim, observa-se que a lei deve ser interpretada de forma a favorecer o cônjuge. Dessa forma, tem-se que a concorrência do cônjuge com os herdeiros na herança do *"de cujus"*, quando casado sob o regime da comunhão parcial de bens, e este vier a deixar bens particulares, se dará sobre todo o espólio, concluindo que, resguardado o direito a meação, o cônjuge terá direito a concorrer em toda a herança e não apenas em relação aos bens particulares, em condição de igualdade, não recebendo quota inferior a ¼ da totalidade do espólio.

## 5.3 STJ Uniformiza Entendimento sobre Herança em Comunhão Parcial de Bens

O cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, concorre com os descendentes na herança do morto apenas em relação aos bens particulares deixados. Com esse entendimento, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça analisou recurso que discutiu a interpretação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil.

A decisão confirma o Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, e pacifica o entendimento entre a 3ª e a 4ª Turma, que julgam matéria dessa natureza.

O enunciado afirma que o artigo 1.829, I, do CC/02 só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns, que fizerem parte da outra parte da meação, serem partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Segundo o ministro Raul Araújo, responsável por lavrar o acórdão, o Código Civil modificou a ordem de vocação hereditária, incluindo o cônjuge como herdeiro necessário, passando a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido. Embora haja essa prerrogativa, a melhor interpretação da parte final desse artigo sobre o regime de comunhão parcial de bens, segundo o ministro, não pode resultar em situação de descompasso com a que teria o mesmo cônjuge sobrevivente na ausência de bens particulares do morto.

Disputa por terreno

No caso analisado, o autor da ação iniciou relacionamento de união estável em 1981. Em 1988, casou sob o regime de comunhão parcial de bens, quando a mulher já era proprietária de um terreno. Ao longo de 12 anos após o casamento, foi construído no terreno um prédio residencial, com recursos do autor, no

montante de R$ 78,6 mil. A mulher morreu em 2008, e o viúvo ajuizou ação para ser reconhecido como proprietário do imóvel, total ou parcialmente.

Os filhos da mulher sustentaram que o imóvel não se comunicava com o cônjuge, pois se trata de bem adquirido anteriormente ao casamento. O Tribunal de Justiça de São Paulo concordou com a tese defendida pelos filhos, mas a 2ª Seção do STJ deu provimento ao recurso do viúvo, que tem mais de 80 anos, reconhecendo o seu direito à meação e à participação como herdeiro necessário dos bens particulares.

Controvérsia

O artigo 1.829, I, do Código Civil dispõe que a sucessão legítima defere-se em uma ordem na qual os descendentes concorrem com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado com o morto no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (artigo 1.640, parágrafo único), ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

A questão que gerou divergência entre os ministros foi a interpretação da parte final desse artigo, na identificação dos bens em relação aos quais o cônjuge sobrevivente, na qualidade de herdeiro necessário, concorrerá com os descendentes, quando adotado o regime de comunhão parcial de bens.

A controvérsia era saber se a concorrência incidiria sobre todo o conjunto dos bens deixados pelo falecido, chamado de herança; apenas sobre os adquiridos onerosamente na constância do casamento, excluída a meação do cônjuge sobrevivente, a exemplo do que ocorre na sucessão do companheiro (artigo 1.790); ou apenas sobre os bens adquiridos antes do casamento, os quais a lei chama de particulares.

Bens particulares

O relator original do recurso no STJ, ministro Sidnei Beneti (hoje aposentado), apresentou a tese que saiu vencedora na 2ª Seção. Ele entendeu que a concorrência somente se dá em relação a bens particulares, ou seja, em

relação àqueles que já integravam o patrimônio exclusivo do cônjuge ao tempo do casamento.

A ministra Nancy Andrighi divergiu desse entendimento. Para ela, o cônjuge sobrevivente, segundo seu direito à meação, concorreria na herança apenas quanto aos bens comuns, havendo ou não bens particulares, que deveriam ser partilhados unicamente entre os descendentes.

Conforme a decisão, o cônjuge sobrevivente casado no regime de comunhão parcial de bens só terá direito a concorrência nos bens particulares (caso existam), ou seja, aqueles bens não integrantes do patrimônio comum, formado a partir do casamento. Já no que corresponde à meação será repartido exclusivamente entre os descendentes, ou seja, tratando-se de regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge somente será sucessor nos bens particulares. A meação do "*de cujus"* não fará parte do acervo hereditário do cônjuge supérstite, e sim somente dos descendentes.

Esse é o entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de recurso que discutiu a interpretação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002. A decisão uniformiza o entendimento entre a Terceira e a Quarta Turma, que julgam matéria dessa natureza.

Tal decisão merece aplausos, pois reconcilia a jurisprudência do STJ com a doutrina majoritária.

## 6 Considerações finais

Nestes termos, com base na doutrina e jurisprudência que deu força ao que foi estudado na presente monografia, tem-se que o direito das sucessões exerce um papel de extrema importância no âmbito da família, sendo ele, com a inovação do Código Civil de 2002, o protetor da continuidade do falecido, de modo que os cônjuges não fiquem desamparados após o evento morte.

Para o supérstite, passa, na vigência do Novo Código Civil a ser herdeiro concorrente a partir do 1º grau na ordem sucessória, que era casado sob o regime da comunhão parcial de bens, e o "*de cujus*" deixou patrimônio particular, o direito sucessório deve ser aplicado da melhor forma que se adeque a sua proteção, sendo este herdeiro em condição de igualdade com os descendentes e ascendentes, não podendo herdar quinhão inferior a ¼ do espólio, além da sua meação, quando for o caso.

Nesse contexto, a conclusão referente ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação do tema abordado, com elevado respeito que merece a turma julgadora, a concorrência sucessória entre o cônjuge e os descendentes no casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, restringe-se aos bens particulares do falecido, e não aos bens comuns, como ocorre no regime da comunhão universal de bens, onde o cônjuge sobrevivo já tem pleno conforto dos direitos de meação.

## Referências

BIRCHAL, Alice de Souza. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.5, n.17, 2004.

BRASIL. Tribunal Regional Do Trabalho Da 4ª Região. **RO 0000083-15.2011.5.04.0383**. 3ª Turma. Relator Desembargador Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa. Publicado no DJU em 24/11/2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/stj-uniformiza-entendimento-heranca-comunhao-parcial-bens>. Acesso em: 14 set. 2015.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Vi%C3%BAvo-%C3%A9-herdeiro-necess%C3%A1rio-da-esposa-mesmo-no-casamento-com-separa%C3%A7%C3%A3o-total-de-bens>. Acesso em: 13 out. 2015.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito das Sucessões**.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.2

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de Herança**: A nova ordem da Sucessão. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.2