



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANDREW DE MACÊDO ARRUDA

**BASE DE CÁLCULO DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE
COM OS DESCENDENTES NO REGIME DE COMUNHÃO
PARCIAL DE BENS**

Recife - PE

2017

ANDREW DE MACÊDO ARRUDA

**BASE DE CÁLCULO DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE
COM OS DESCENDENTES NO REGIME DE COMUNHÃO
PARCIAL DE BENS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciência Jurídicas da Universidade
Federal de Pernambuco como requisito para
obtenção do grau em Bacharelado de Direito.

Orientador: Prof. Sílvio Romero Beltrão

RECIFE - PE

2017

ANDREW DE MACÊDO ARRUDA

**BASE DE CÁLCULO DA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE
COM OS DESCENDENTES NO REGIME DE COMUNHÃO
PARCIAL DE BENS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciência Jurídicas da Universidade
Federal de Pernambuco como requisito para
obtenção do grau em Bacharelado de Direito.

Orientador: Prof. Sílvio Romero Beltrão

Data da aprovação: _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Sílvio Romero Beltrão

Examinador (a)

Examinador (a)

A todos os professores do curso, que foram tão importantes em minha trajetória acadêmica.

À minha família, por sua capacidade ímpar de acreditar em meus rendimentos.

AGRADECIMENTOS

Sem qualquer espécie de hierarquia, agradeço imensamente:

Aos meus amados pais, Simone e Rinaldo, exemplos de dedicação e zelo em minha criação e formação pessoal.

À minha irmã, Ana Rita, pelos seus imensos sorrisos matutinos que iluminam o decorrer do meu dia.

Aos meus avós maternos, Otamira e Sebastião, exemplos de união, força e congregação familiar.

À minha avó paterna, Doralice, referência única no que se refere à garra, força de vontade e perdão.

À minha namorada, Isabela, por todo o seu companheirismo e apoio em minha formação pessoal, crítica e acadêmica.

Aos meus primos queridos, por tanto conhecimento e alegrias geradas.

Ao meu orientador, professor Sílvio Romero, por suas magníficas aulas de Direito Civil e pela orientação passada na construção deste trabalho.

A todos os colegas e amigos que adquiri no universo jurídico, mormente os grandes ensinamentos que obtive no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco e Defensoria Público do Estado de Pernambuco.

“A persistência é o caminho do êxito”.

(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho se debruça sobre a problemática criada pela redação do artigo 1829, I, do Código Civil de 2002, acerca da base de cálculo da concorrência do cônjuge supérstite, casado sob o regime de comunhão parcial de bens com o falecido, ao herdar com os descendentes. Para tanto, faz-se uma análise detalhada sobre os posicionamentos trazidos pela doutrina e jurisprudência pátria sobre o tema, demonstrando a divergência ainda presente nos tribunais e obras jurídicas. Por fim, busca-se explicar a melhor interpretação para a questão na atual sistemática jurídica do país.

PALAVRAS-CHAVE

Sucessão. Base de cálculo. Concorrência do cônjuge com descendentes. Regime parcial de bens.

ABSTRACT

The present work focuses about the problematic created by the writing of article. 1829, I, of the Civil Code of 2002, about the basis of calculation of the competition of the surviving spouse, married under the scheme of partial communion of propertys with the deceased, with the descendants. In order to do so, a detailed analysis is made of the positions brought by doctrine and jurisprudence on the subject, demonstrating the divergence still present in the courts. Finally, it is sought to explain the best interpretation for the subject in the current legal system of the country.

KEYWORDS

Succession. Calculation basis. Competition of the spouse with descendants. Partial communion of propertys.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO CONFERIDA AO CÔNJUGE NA LEGISLAÇÃO CIVIL ¹²	
2.1. O TRATAMENTO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	12
2.2. ELEVAÇÃO DO CÔNJUGE AO PATAMAR DE HERDEIRO NECESSÁRIO ¹³	
3. BASE DE CÁLCULO SOBRE OS BENS PARTICULARES NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES	16
3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
3.2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O TEMA	18
3.3. REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	22
4. BASE DE CÁLCULO SOBRE OS BENS COMUNS NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES	28
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	28
4.2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS	29
4.3. IRRADIAÇÕES E ASCENSÃO NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	32
5. BASE DE CÁLCULO SOBRE OS BENS TOTAIS NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES	37
5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	37
5.2. ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DA HERANÇA COMO UMA UNIVERSALIDADE DE DIREITOS E DEVERES	38
5.3. DA ANALOGIA ENTRE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E A COMPANHEIRA SUPÉRSTITES	40
5.4. REFLEXOS NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	43
6. O PROJETO Nº58/ 2007 E SUA TENTATIVA DE FINDAR A CONTROVÉRSIA	46
7. CONCLUSÃO	49
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	

1. INTRODUÇÃO

O direito sucessório possui uma enorme importância nos relacionamentos familiares, porquanto busca garantir uma segurança de que o acervo patrimonial construído ao longo de toda a vida do *de cuius* terá uma destinação útil para a subsistência estrutural do núcleo afetivo, além de garantir aos cofres públicos uma contribuição tributária sobre parcela dos bens deixados.

Nesse viés, o Código Civil Brasileiro de 2002¹ trouxe à tona o art. 1.829, no intuito de estabelecer uma ordem preferencial a ser seguida no momento de suceder à herança legítima. Em seu inciso I, o legislador civil elencou como primeiro da lista de preferência os descendentes do falecido, devendo concorrer com o cônjuge sobrevivente na partilha do montante deixado, desde que casado pelo regime de comunhão parcial de bens.

Entretanto, a truncada e confusa redação do supracitado diploma deu azo a diversas interpretações acerca da base de cálculo que deve ser aplicada no momento da partilha. Noutros termos, o art. 1829, I, ao citar que os descendentes concorrem com o cônjuge supérstite, é omissivo quanto ao montante que deve ser incidido tal concorrência.

É nesse diapasão que doutrina e jurisprudência pátria se divergem para elucidar qual é a base de cálculo querida pelo legislador nesses casos. Como consectário dessas discussões intelectuais e judicantes, três correntes de pensamento foram criadas.

Frisa-se que a tríade doutrinária sobre o tema é amplamente compreensível, dada a confusão legislativa e pelo fato de que as três possuem defensores de

¹BRASIL. Código Civil do. 2002.

renome, com fundamentos louváveis, motivos pelos quais o presente trabalho se debruçará sobre tais argumentos.

Logo, o primeiro capítulo se esmiuçará sobre a constante evolução protecional dada ao cônjuge sobrevivente, desde a vigência do Código Civil de 1916 até o atual vigente, passando por diversos institutos que garantiram maior participação do cônjuge no acervo hereditário do falecido, tais como o usufruto vidual, a criação da comunhão parcial de bens como regra e a sua inclusão como herdeiro necessário da herança legítima.

Em seguida, a análise será sobre a corrente majoritária, utilizada em farta parcela dos tribunais brasileiros e pelo Superior Tribunal de Justiça em alguns de seus julgados, segundo a qual a concorrência deve ocorrer apenas nos bens exclusivos do *de cuius*, haja vista a maior justiça na divisão da legítima. Será demonstrado que, para tais defensores, a base de cálculo sobre os bens particulares é mais justa para evitar uma enorme proteção ao cônjuge em detrimento da prole sobrevivente.

Ato contínuo, o capítulo subsequente destrinchará a corrente de pensamento mais recente, defensora da concorrência sobre os bens comuns adquiridos pelo casal na constância do casamento, em respeito à vontade dos nubentes na escolha do regime de comunhão parcial de bens.

Por fim, o trabalho também mostrará a linha de pensamento que defende a concorrência sobre a totalidade dos bens da herança deixada pelo falecido, abarcando seus bens particulares e os comuns não objetos da meação. Será visto que a linha de raciocínio dessa teoria se fulcrará na segurança jurídica dos herdeiros e na visão civil sobre a herança, sendo esta uma universalidade de direitos e deveres, devendo ser entendida como tal quando não há determinação expressa em contrário.

Com o intuito de abrilhantar mais ainda o estudo, será realizado um estudo sobre o avanço legislativo no tema, com destaque para o Projeto de Lei nº 58/2007, que visa – dentre outros temas – esclarecer de vez qual a base de cálculo a ser aplicada quando houver concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes.

Concluindo, será detalhadamente demonstrada a posição adotada pelo autor, fundamentando seus argumentos com a atual conjuntura jurídica vivida na atualidade.

2.1. O TRATAMENTO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Observa-se que o legislador civil de 1916 não possuía uma atenção protetiva marcante do ponto de vista sucessório ao cônjuge supérstite. De início, percebe-se que o art. 1.603 elencava a ordem de sucessão hereditária e situava o cônjuge sobrevivente na terceira categoria, logo atrás dos ascendentes e descendentes.

Desse modo, dada a ausência de previsão para concorrência com aqueles, o cônjuge apenas herdaria a legítima na hipótese de não haver cumulativamente nenhum dos integrantes das classes anteriores, situação bastante rara, tendo em vista que a época era contemporânea com uma alta taxa de natalidade.

Destarte, o cônjuge apenas poderia usufruir de algum bem após o óbito do seu parceiro conjugal se houvesse a referida e remota hipótese anteriormente citada ou quando o *de cuius* o contemplasse como herdeira testamentário.

De modo diametralmente oposto, o mesmo testamento que poderia contemplar o cônjuge, poderia afastá-lo definitivamente da legítima, excluindo-o, conforme disposição legal trazida no art. 1.725² do Código revogado.

Sendo assim, percebe-se que o cônjuge supérstite não fora contemplado como herdeiro necessário no CC/1916, o que destaca a intenção do legislador cível em garantir uma maior proteção aos laços sanguíneos e hereditários em detrimento dos laços afetivos.

Conforme nos esclarece Miguel Reale:

²**BRASIL.** Código Civil do. 1916. *In verbis*: “Art. 1725. Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar”.

Durante dezenas de anos vigeu no Brasil, como regime legal de bens, o regime de comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorria na herança, por já ser "meeiro". Com o advento da Lei 6.515, de 21 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), o regime legal da comunhão de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial. Ampliado o quadro, tornou-se evidente que o cônjuge, sobretudo quando desprovido de recursos, corria o risco de nada herdar no tocante aos bens particulares do falecido, cabendo a herança por inteiro aos descendentes ou aos ascendentes. Daí a idéia de tornar o cônjuge herdeiro no concernente aos bens particulares do autor da herança³.

Dito isso, torna-se clarividente a instabilidade e insegurança jurídica que permeava as relações matrimoniais regidas pelo sistema sucessório do Código de 1916. Soma-se essa instabilidade à realidade vivida na supracitada época, em que o trabalho e sustento feminino era demasiadamente difícil e pouco valorizado, deixando este cônjuge à margem de uma segurança patrimonial no caso de acontecer o óbito de seu esposo.

Como conseqüência lógica desse desamparo, a legislação extravagante foi-se moldando no sentido de garantir uma maior segurança patrimonial para o cônjuge sobrevivente no momento em que há um fortuito mortal, ocasionando mudanças legislativas que culminaram na elevação do cônjuge a herdeiro necessário no Código Civil de 2002.

2.2. ELEVAÇÃO DO CÔNJUGE AO PATAMAR DE HERDEIRO NECESSÁRIO

Conforme sucintamente explanado, a proteção patrimonial dada a um cônjuge sobrevivente no momento do falecimento do outro era demasiadamente frágil e sujeita ao desamparo total daquele. Em termos práticos, o cônjuge restante apenas

³ REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/03/04/12/aberto001.html> Acesso em 10 de novembro de 2016.

herdaria um valor da legítima no caso de não haver nenhum descendente ou ascendentes, somado à ausência de disposição em contrário no testamento do falecido.

Em busca de maiores medidas protetivas, a legislação pátria sofreu significativas mudanças, a começar pela promulgação do Estatuto da Mulher Casada, o qual acrescentou dois novos parágrafos ao art. 1.611 do CC/16⁴.

Com efeito, o referido Estatuto acrescentou no parágrafo primeiro a figura do usufruto viual, com vistas a evitar o total desamparo real do cônjuge sobrevivente. Com isso, desde que o regime de bens não fosse o de comunhão total e enquanto se mantivesse o “estado de viuvez”, era garantido a parcela de um quarto da totalidade dos bens do falecido ao viúvo, caso houvesse filho daquele ou do casal, ou a metade se não houvesse descendente algum, sobrevivendo ascendentes.

Já o parágrafo segundo traz a hipótese fática a ser aplicada quando houvesse a comunhão universal: seria garantido o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, desde que seja o único bem dessa natureza no inventário e enquanto mantida o “estado de viuvez”.

Ato contínuo em relação à crescente proteção patrimonial dado ao cônjuge viúvo, tem-se que a promulgação da Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, modificou o regime de bens a ser aplicado aos nubentes no caso do silêncio dos mesmos. A partir desse momento, a comunhão parcial de bens seria a regra em substituição à comunhão universal, demonstrando o caráter preventivo do legislador em proteger o patrimônio dos noivos no caso de ignorância na escolha do regime de bens.

4Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

§ 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". (Incluído pela Lei nº 4.121, de 1962).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 4.121, de 1962).

Tais constantes modificações demonstraram cabalmente que o regime sucessório civil precisava de justas e importantes modificações materiais, exigindo-se um novo Código Civil, atento a tais mudanças e em consonância com os novos ditames constitucionais trazidos pela Carta Magna de 1988.

Com efeito, surgiu o CC/2002, que deu um notório amparo protetivo ao cônjuge sobrevivente, através de diversas mudanças legais. De início, o novo Código extinguiu a figura do usufruto viual, garantindo o direito real de habitação sem as condições anteriores do regime de bens e da manutenção da viuvez.

De todo modo, clarividente se torna o fato de que a mudança mais significativa em termo de proteção ao patrimônio do cônjuge supérstite foi a inovação constante no art. 1.845, situando o cônjuge no rol dos herdeiros necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes.

Referida inclusão modificou de sobremaneira a ordem preferencial da sucessão, fazendo com que o cônjuge participe concorrentemente na sucessão com a classe dos descendentes e a dos ascendentes e concorra sozinho caso inexista nenhuma das duas classes.

Entretanto, a redação do art. 1.829, I, que trata sobre a concorrência do cônjuge com os descendentes, quando casados em regime de comunhão parcial de bens, ocasionou uma grande entropia na doutrina e jurisprudência pátria sobre qual era a base de cálculo a ser considerada no momento da concorrência. Com isso, criaram-se três correntes de pensamentos divergentes entre si, doravante objeto de estudo desse trabalho.

Antes de se adentrar no tema, pertinente é a observação acerca da referência realizada no art. 1.829, I, ao art. 1.640, parágrafo único. Notório é o crasso erro cometido pelo legislador, pois, em verdade, é o art. 1.641 que faz menção ao regime de separação obrigatória de bens.

Cabível a observação de Sílvio Venosa sobre o equívoco legislativo:

"Em matéria de direito hereditário do cônjuge e também do companheiro, o Código Civil brasileiro de 2002 representa verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as

impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, nesse aspecto, totalmente reescrito e que fosse apagado o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica nacional. É incrível que pessoas presumivelmente cultas como os legisladores pudessem praticar tamanhas falhas estruturais no texto legal. Mas o mal está feito e a lei está vigente. Que a apliquem de forma mais justa possível nossos tribunais!⁵"

Ademais, mister se faz esclarecer que a questão da concorrência em estudo é ressalvada em situações especificadas no próprio art. 1.829, I. Em primeiro lugar, ela não ocorrerá no caso de haver comunhão universal de bens, haja vista que o cônjuge supérstite já estaria plenamente protegido com a simples meação. Outrossim, também não será objeto de concorrência aqueles casos em que há separação obrigatória de bens, na situação acima elencada, ou se não houver bens particulares antes do casamento, situação que se assemelha à comunhão universal e, com isso, que goza da proteção dada pela meação.

Feitas tais ressalvas, passemos à análise da primeira corrente doutrinária.

3. BASE DE CÁLCULO SOBRE OS BENS PARTICULARES NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

3.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por questões didáticas, inicia-se a análise da corrente majoritária sobre a concorrência do cônjuge com os descendentes, quando houver tido casamento com comunhão parcial de bens.

Em sucintos termos, a presente corrente afirma que a concorrência ocorrerá apenas sobre os bens exclusivos do falecido. Ou seja, sobre aquela totalidade de

⁵ VENOSA. Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5ª Ed. São Paulo. Atlas. 2002. P. 143

bens adquiridos pelo *de cuius* antes do casamento ou adquiridos posteriormente, mas que não se comunicam no acervo comum do casal, por força legal⁶.

Tal posicionamento ganhou bastante força nos autores e tribunais pátrios por entender que seria um meio mais justo de divisão do montante da legítima, sem privilegiar em demasia o cônjuge em comparação com os herdeiros. Através desse sistema de partilha, o cônjuge supérstite receberia sua meação – direito legítimo consecutório da dissolução do casamento – e concorreria com os descendentes apenas nos bens particulares obtidos pelo falecido.

Em aspectos práticos, o entendimento afirma que o legislador teve a intenção de determinar que a concorrência conjugal deveria valorizar o cônjuge ao permitir concorrer com os descendentes, mas com a base de cálculo situada apenas sobre os bens exclusivos do *de cuius*, pois metade dos bens comuns já foram rateados como consequência da meação.

Para fins elucidativos, e de acordo com esse entendimento, far-se-á uma hipotética partilha. Suponhamos um indivíduo que casou em regime de comunhão parcial de bens e possuía a título de bens particulares um automóvel que comprara antes do matrimônio. Na constância do casamento, o casal adquiriu um imóvel urbano e uma propriedade rural em sua cidade natal. Também se sabe que o hipotético casal possuía dois filhos, frutos do relacionamento comum.

6BRASIL, Código Civil do. 2002. *In Verbis*: Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Tendo em vista a regra perfilhada no art. 1.832⁷ do Código Civil, a divisão se daria da seguinte forma: metade do patrimônio comum referente às duas casas seria passado ao cônjuge supérstite em virtude da meação e haveria a concorrência do automóvel em três parcelas idênticas entre o cônjuge e os dois filhos. Desse modo, a base de cálculo seria apenas o automóvel, recebendo o cônjuge um terço do valor do veículo.

Percebe-se que essa teoria prestigia uma partilha com finalidade de garantir que uma parcela da herança – os bens comuns – não sejam objeto de concorrência do cônjuge, porquanto esse já se beneficiou de metade desses bens com a meação. Desse modo, os defensores dessa teoria entendem que admitir que o cônjuge sobrevivente também concorra sobre a meação devida ao *de cuius* iria de encontro ao próprio princípio da sociabilidade hereditária, prejudicando bastante a própria subsistência das gerações futuras.

3.2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS SOBRE O TEMA

Conforme citado, o entendimento de que a concorrência do cônjuge sobrevivente se dá apenas em relação ao patrimônio exclusivo do falecido possui ampla concordância da doutrina, muito preocupada com a supervalorização do patrimônio desse em detrimento dos descendentes.

Tal entendimento doutrinário tem como sua representante principal a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Segundo a doutrinadora:

Por fim, quanto ao regime da comunhão parcial de bens, o legislador impõe uma dualidade de tratamento para os que, tendo sido casados sob esse regime de regência patrimonial, possuíssem ou não bens particulares. Nesse caso, então, a lógica interpretativa se faz pelo seguinte viés: 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

⁷**BRASIL**, Código Civil do. 2002. *In Verbis*: 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.

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*.⁸

Evidente se torna a análise feita pela autora, e bastante comum entre os defensores dessa teoria, deixando claro que a proteção ao cônjuge sobrevivente quanto aos bens comuns já estava assegurada junto à meação, não devendo servir como base de cálculo para concorrer com os descendentes a outra metade.

O entendimento esposado por Giselda Hironaka ganha muita força interpretativa graças às ressalvas contidas no art. 1.829, I, já anteriormente comentadas. Segunda a autora, a intenção do legislador é de fato determinar que o cônjuge só deva concorrer com os descendentes no patrimônio exclusivo do falecido, pois o inciso II do mesmo artigo não faz nenhuma objeção ao regime de bens adotado pelos cônjuges, devendo, aí, haver a concorrência sobre o valor integral da herança, incluindo os bens comuns e os particulares do *de cujus*.

Em palestra proferida para o IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, a ilustre autora assim defendeu sua tese:

Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por direito próprio dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e herda, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de primeira classe, uma quota parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens. De outra feita, se concorrer na segunda classe, tirante a meação que lhe couber, herda não apenas fração dos bens particulares do de cujus como também fração dos bens comuns ao casal, uma vez que

⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte. Del Rey. 2004. P. 95.

o inciso II do art. 1829 não faz quaisquer das ressalvas feitas no inciso I do mesmo artigo em clara demonstração de que as exceções deste último inciso só servem para proteger os descendentes do falecido e não os ascendentes deste, sempre que em concorrência com o cônjuge supérstite⁹.

O próprio Sílvio Salvo Venosa recentemente se aliou ao posicionamento em estudo, explanando o seguinte:

Portanto, ao se examinar uma herança no falecimento de pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes ou cônjuge, conforme o caso.¹⁰

Com tais premissas, o autor esclarece que a natureza dos bens deve claramente ser dividida, havendo os comuns – um condomínio entre falecido e viúvo – já repartidos pela simples dissolução do vínculo matrimonial; e os particulares, onde incide a concorrência do cônjuge com os descendentes. Com efeito, deixa claro que entender de modo diverso seria dar demasiada proteção ao viúvo e não atender a sua proteção patrimonial advinda da meação.

Entretanto, o próprio autor confirma que o tema está longe de ser unísono entre os estudiosos brasileiros, fortalecendo mais assim a problemática trazida por esse trabalho:

Assim, nessa conclusão, que parece a mais lógica, somente haverá concorrência do cônjuge nessa situação nos bens particulares. Mas essa conclusão a qual aderimos está longe de ser pacífica, pois existe ponderável corrente doutrinária que

⁹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes.** Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concorrancia.pdf>. Acesso em: 14 de dez. 2016.

¹⁰VENOSA. Sílvio Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** 5ª Ed. São Paulo. Atlas. 2005. P. 135-136.

entende que a concorrência na herança se dará nos bens particulares e nos bens comuns¹¹.

Corroborando com o tema, assim acrescenta Eduardo de Oliveira Leite:

Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens) o legislador só abriu possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente tomará sua massa de bens particulares.¹²

Embasam mais ainda a corrente em análise as lições do ilustres Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, os quais afirmam que:

A regra do CC, 18.29, I, se aplica ao cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial de bens, se o morto tiver deixado bens particulares (CC, 1.659 e 1.661). Ou seja: havendo descendentes, sendo o cônjuge sobrevivente casado sob o regime da comunhão parcial e tendo o morto deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário, em concorrência com os descendentes do falecido.¹³

O tema é tão controverso que foi objeto de inúmeros debates na III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal entre os dias 01/12 a 03/12 de 2004 e coordenado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, havendo concordância entre a maioria dos doutrinadores lá presente de que:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação

11Idem.

12 LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 21

13 NERY JR. Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005. P. 843.

convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes¹⁴.

Desse modo, com pouco tempo após a promulgação do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça publicou o entendimento em convergência com a doutrina majoritária, determinando, naquele momento, que o cônjuge sobrevivente iria concorrer com os descendentes apenas nos bens exclusivos do *de cujus*.

Apesar do esforço argumentativo da mencionada Jornada, a celeuma referente à intenção legislativa contida no art. 1.829, I, está longe de estar pacífica na doutrina e jurisprudência nacional.

3.3. REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Como já mencionado, o entendimento de que a base de cálculo da concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes deve se limitar aos bens particulares do falecido é a mais utilizada nos tribunais de justiça do país, sendo inclusivo adotado pelo STJ.

Percebe-se que o posicionamento vem sendo utilizado em diversos momentos desde a publicação da confusa redação. À guisa de ilustração, colaciona-se recente acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que se debruçou sobre o tema:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INVENTÁRIO E PARTILHA. BENS PARTICULARES. CONJUGE SUPÉRSTITE. HERDEIRO. ART. 1829, I, CC. ENUNCIADO 270 - JORNADAS DE DIREITO CIVIL DA JUSTIÇA FEDERAL. SENTENÇA MANTIDA.
1. 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

¹⁴ Enunciado nº 270 da III Jornada de Direito Civil. Divulgado em 08/12/2004

bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares". (art. 1829,I,CC).

2. O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes." (Enunciado nº 270 das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal).

3. O trabalho hermenêutico visando extrair a ratio legis encravada na sucessão fundada no inciso I do art. 1.829 do C. Civil deve ter em conta não o senso comum de justiça que brota da ótica dos herdeiros em conflito, mas sim aquela que corresponde à vontade presumida do autor da herança, para dispor expressamente por meio de testamento ou, na simples omissão por não testar, preferir a solução genérica dada pela discricionariedade do legislador.

4. Apelação conhecida e desprovida¹⁵. (sem grifos no original).

Clarividente se torna o teor didático que possui tal decisão colegiada do TJDFT. Além de fazer menção ao enunciado nº 270 da Jornada de Direito Civil do CFJ, ainda dispõe que é preciso se debruçar sobre a *ratio legis* da norma, não podendo deixa-la a bel prazer da visão dos herdeiros conflitantes. Com isso, o Tribunal entende que, apesar da falta de clareza da norma, o legislador teve a intenção manifesta de garantir ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrer

15TJDFT - Acórdão n.920037, 20080111557179APC, Relator: **CARLOS RODRIGUES**, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/01/2016, Publicado no DJE: 23/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.

apenas sobre os bens particulares, haja vista a proteção que já ocorre com o meeiro em consequência da dissolução do vínculo conjugal.

Seguindo a linha de acórdãos bastante elucidativos, colaciona-se decisão colegiada do TJSP, também recente, sobre o tema:

Direito Civil. Sucessões. Inventário e partilha. Concorrência entre descendentes e cônjuge supérstite casado no regime da comunhão parcial. Distinção entre bens comuns e bens particulares. Artigo 1.829, I, do Código Civil. **Considerando a sua imperfeita redação, descarta-se por completo uma interpretação literal (gramatical) e se mostram mais adequados os métodos sistemático e finalístico (igualmente denominado teleológico).** Deles resulta a conhecida regra interpretativa, aplicável em tais casos de concorrência do cônjuge com descendentes, prevista no já referido dispositivo normativo: “quem meia não herda, quem herda não meia”. Assim, havendo bens comuns, neles não haverá concorrência entre os descendentes (que herdarão a metade do de cujus) e o cônjuge sobrevivente (que já é meeiro e em tal situação permanecerá). **O contrário se dará nos bens particulares (também conhecidos como exclusivos ou privados) do falecido, quando inexistente meação e a herança, por consequência, se submeterá à concorrência cônjuge/descendentes. Havendo, concomitantemente, os dois tipos de bens, comuns e particulares, cada qual se submeterá, individualmente, à sua respectiva regra de regência (sempre observando, para cada bem do acervo, que haverá concorrência onde inexistir meação, mas, se esta for presente, aquela não ocorrerá).** Sentença mantida. Recurso do cônjuge supérstite não provido¹⁶ (sem grifos no original).

16(TJSP – 10ª C. Cível. AP nº 0010885-03.2010.8.26.0009. Rel.: **Roberto Maia**. Data do julgamento: 23/10/2012. Data de registro: 26/10/2012.)

Percebe-se o alto grau instrutivo contido no Acórdão do TJSP referente ao tema. O Tribunal não apenas se ateve a demonstrar qual corrente doutrinária se posiciona, mas também deixa claro que é necessária uma interpretação teleológica frente ao art. 1.829, I, do Código Civil. Segundo os julgadores, apenas abandonando a interpretação gramatical e tendo em mente o sofisma do “quem meia não herda, quem herda não meia” é que se pode chegar ao teor material contido no referido diploma legal, a saber: a concorrência apenas incidirá nos bens que não foram objeto de meação.

O próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que diversas vezes adota a terceira teoria que será analisada, já se posicionou em favor da concorrência apenas nos bens particulares entre o cônjuge e os descendentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. EXCLUSÃO DA COMPANHEIRA DO ROL DE HERDEIROS. BEM ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 1790, I DO CÓDIGO CIVIL. 1. Não se trata de atribuir maiores direitos ao companheiro do que ao cônjuge, mas sim direitos diferentes. Embora o tratamento sucessório desigual estabelecido pelo Código Civil tenha sido alvo de inúmeras críticas da doutrina especializada, e alguns dispositivos aplicados com certo temperamento pela jurisprudência, o fato é que o Código estabelece direitos diferentes ao regular a sucessão dos cônjuges e dos companheiros. **2. Pela atual disciplina do Código Civil, enquanto o cônjuge, no regime da comunhão parcial, ostenta a condição de herdeiro sobre os bens particulares do autor da herança, excluindo a meação (art. 1829), os companheiros têm direito sucessório incidente sobre o mesmo universo patrimonial sobre o qual incide a meação, qual seja, os bens adquiridos onerosamente na constância da união (art. 1790).** 3. Em suma, no caso: além de meeira, a companheira é herdeira e concorre com os descendentes na forma do inciso I do art. 1790 do

CCB. AGRAVO PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA.¹⁷
(sem grifos no original).

Como visto, o Tribunal gaúcho, ao estabelecer a diferença entre o regime sucessório do cônjuge e da companheira, aplicou a tese majoritária de concorrência conjugal com os descendentes quando casados no regime de comunhão parcial de bens.

Por fim, com vistas criar uma uniformização jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando de forma reiterada o entendimento esposado nesse capítulo.

Nesse diapasão:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. HERDEIRO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA DE DESCENDENTES DO CÔNJUGE FALECIDO. CONCORRÊNCIA. ACERVO HEREDITÁRIO. EXISTÊNCIA DE BENS PARTICULARES DO DE CUJUS . INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. 1. Não se constata violação ao art. 535 do Código de Processo Civil quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade. **2. Nos termos do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002, o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial de bens, concorrerá com os descendentes do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares.** 3. A referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens

¹⁷Agravo de Instrumento Nº 70039409149, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/10/2010

particulares constantes do acervo hereditário do de cujus. 4. Recurso especial provido¹⁸ (sem grifos no original).

A cognição do STJ é bastante clara ao se analisar os termos finais do voto do Min. Relator Sidnei Beneti, no qual pode-se destacar:

Passando em revista todos os argumentos antes apresentados, tem-se como mais adequado, diante do sistema inaugurado pelo regramento sucessório de 2002, afirmar que o cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes na sucessão do consorte falecido, apenas quanto aos bens particulares que este houver deixado, se existirem¹⁹.

Ainda acrescenta o Relator:

Naturalmente que essa solução não está isenta à críticas. Certamente haverá casos concretos em que alguma das outras soluções apresentadas se mostrem mais adequadas. A contingência, no entanto, é própria do tema em pauta e talvez seja mesmo insuperável. Nesta sede de recurso especial o que importa é, repita-se, uniformizar a aplicação da lei federal indicando a interpretação que mais afeita ao sistema e que, na generalidade dos casos, produza o resultado mais aceitável²⁰.

Portanto, o próprio Superior Tribunal de Justiça entende que seu posicionamento está longe de ser isento de críticas, ainda mais quando afrontado com situações pontuais em que os bens particulares do *de cujus* são de ínfimo valor e que a meação não garante tanta proteção patrimonial do cônjuge supérstite.

18STJ – Resp nº 1.368.123 – SP. Relator: Min. Sidnei Beneti. Relator para Acórdão: Raul Araújo. 2ª Seção. Data de julgamento: 22/04/2015, Publicado no DJE: 08/06/2015. Pág: Sem página cadastrada.

19 Idem

20 Ibidem

Louvável a tentativa da Corte Superior em uniformizar o tema, conforme destacado pelo Ministro Relator, haja vista sua função de tribunal uniformizador de jurisprudência, dada pela Carta Magna²¹, ao mesmo tempo em que o próprio Tribunal admite a possibilidade de haver decisões divergentes espalhadas pelo país. É nesse intuito que passaremos à análise das demais correntes doutrinárias sobre o tema, fazendo uma comparação analítica entre a tese do STJ e as demais doravante analisadas.

4. BASE DE CÁLCULO SOBRE OS BENS COMUNS NA CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Doravante, será analisada uma teoria que vem ganhando um número crescente de adeptos, encabeçada pela professora, doutrinadora e criadora do IBDFAM, Maria Berenice Dias.

Segundo tais pensadores, ao se analisar a concorrência entre o viúvo e os descendentes na herança legítima, deve ser levado em consideração a vontade interior dos nubentes no momento da escolha do regime de bens do matrimônio, qual seja: a comunhão parcial de bens.

Nesses termos, se os nubentes escolheram se casar utilizando uma comunhão dos bens que adquirirem ao longo do matrimônio, clara se torna a intenção de ambos em priorizar os bens que ainda virão a conquistar em comparação com aqueles que já possuíam anteriormente, que não devem ser objeto de concorrência.

Desse modo, defende a corrente estudada que a base de cálculo da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes no regime de comunhão

21 BRASIL, Constituição Federal do. Art. 105, III, c. *In verbis*: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

parcial de bens deve incidir sobre a parcela restante dos bens amealhados, desde que não haja bens particulares no acervo do falecido.

4.2. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS

Como dito, na linha de frente entre os defensores da teoria da concorrência do cônjuge com os descendentes sobre os bens comuns, quando inexistentes bens particulares, está a professora e desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias.

Para tanto, Maria Berenice traz consigo uma nova forma de interpretar o contido no art. 1.829, I, do CC/02, focando em uma interpretação mais gramatical do tema. Confira-se:

Não há como contrabandear para o momento em que é tratado o regime da comunhão parcial a expressão “salvo se”, utilizada exclusivamente para excluir a concorrência nas duas primeiras modalidades: o regime da comunhão e o da separação obrigatória. Não existe dupla negativa no dispositivo legal, pois, na parte fina – após o ponto-e-vírgula –, passa a lei a tratar de hipótese diversa, ou seja, o regime da comunhão parcial, oportunidade em que é feita a distinção quanto à existência de bens particulares. Essa diferenciação não cabe nos regimes, daí a divisão levada a efeito por meio do ponto-e-vírgula. Isso inverte totalmente o sentido da norma, pois afasta o direito de concorrência na hipótese de o *de cujus* possuir patrimônio particular. Exclusivamente no caso de não haver bens particulares é que o cônjuge concorre com os herdeiros. É o que diz a lei: a sucessão defere-se *aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, (...) se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares*²².

22 DIAS. Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. P. 160.

Como visto, o cerne do entendimento esposado é o de que o ponto-e-vírgula utilizado no meio da redação do artigo em comento separa os sentidos das orações anteriores. Com efeito, enquanto a primeira parte – anterior ao sinal de pontuação – elenca as duas exceções comportadas para a obstar a concorrência, a segunda parte carrega o espírito normativo que apenas permite que haja concorrência quando o autor não tiver deixado bens particulares, incidindo apenas sobre os bens comuns.

Dito isso, percebe-se o quão inovador é o entendimento em análise, haja vista que enquanto a corrente majoritária requer a existência de bens particulares para que ocorra a concorrência, a ora estudada afirma que é justamente a existência desse acervo particular o fator impeditivo para que haja concorrência.

Voltemos ao aspecto prático proposto no capítulo anterior e o tomemos de base para entender a aplicação dessa corrente doutrinária. Duas pessoas casadas sob o regime de comunhão parcial de bens possuem dois filhos, tendo como bens adquiridos na constância do casamento um imóvel urbano e uma propriedade rural. Um dos cônjuges também possuía um automóvel adquirido antes do matrimônio.

Segundo a teoria de Maria Berenice Dias, no exemplo acima, o cônjuge supérstite teria apenas a meação sobre os dois imóveis, fruto da simples dissolução do casamento, não sendo cabível a concorrência no caso pelo simples fato de existirem bens exclusivos no patrimônio do *de cuius*. Ou seja, os bens particulares não entrariam na base de cálculo da concorrência, integrando totalmente na herança legítima e transmitido aos descendentes.

Percebe-se, portanto, que o posicionamento possui íntima ligação com a vontade dos nubentes no momento de se escolher os regimes de bens do casamento. Conseqüência desse respeito à vontade e com base na justiça e foco nas relações afetivas, a base de cálculo sobre a concorrências entre cônjuge e descendentes deve ser apenas o patrimônio amealhado do sobrevivente, se e somente se não houver bens particulares no acervo do falecido.

Com vistas a blindar sua teoria, a autora gaúcha ainda faz as seguintes observações práticas sobre o tema:

A solução preconizada pela maioria beira as raias do absurdo quando o autor da herança tem filhos anteriores ao casamento. Não há como reconhecer a possibilidade de o cônjuge sobrevivente – que não é genitor dos herdeiros – ficar com parte do patrimônio que era exclusivo do *de cuius*. Essa não é – e nunca foi – a intenção do legislador. Com isso, os filhos receberiam o novo cônjuge como alguém que irá disputar com eles bens que lhe pertenciam com exclusividade. Claro que ninguém vai aceitar um concorrente não só no campo afetivo, mas também em sede patrimonial. O mais surpreendente é que, pretendendo os nubentes simplesmente preservar seus patrimônios particulares, não há regime de bens que possam adotar. Sim, quem tiver filhos e bens, e pretender que o cônjuge não participe do seu patrimônio particular, recebendo somente a meação do que venha a ser adquirido depois das núpcias, não tem saída. Simplesmente não pode casar!²³

A autora ainda traz diversas incongruências práticas que podem ocorrer quando se utiliza a posição sucessória do STJ, anteriormente estudada:

Basta figurar um exemplo para flagrar a incongruência do que vem sendo sustentado: alguém, tendo filhos e bens, vem a casar e recebe a herança de seu genitor. Quando de sua morte, o viúvo (que não é o genitor dos filhos do *de cuius*) recebe fração igual a cada um dos herdeiros. Ou seja, o cônjuge sobrevivente torna-se proprietário de parte da meação do finado e de parte da herança do sogro. Vindo o cônjuge a morrer, seu patrimônio – integrado dos bens do ex-marido – passará aos seus sucessores (seus filhos, seus pais, seu novo cônjuge ou seus irmãos ou sobrinhos), pois não reverterá aos órfãos o patrimônio que o pai havia amealhado sozinho, nem a herança do avô, que cairão em mãos de estranhos. E, como não há qualquer regime de bens que impeça tal resultado, talvez a solução seja não casar, viver só ou em união estável,

23 Idem. P. 162.

onde inexistesse esse risco que, certamente, ninguém há de querer correr²⁴.

Por ser tão inovador e por privilegiar os matrimônios de longa duração – aqueles em que os nubentes se casam sem patrimônio anterior e conquista seu acervo no decorrer da vida a dois – é que o entendimento de Maria Berenice Dias vem conseguindo tantos adeptos adoradores do ramo sucessório.

4.3. IRRADIAÇÕES E ASCENSÃO NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Por ser gaúcha, a tese encabeçada por Maria Berenice Dias possui ampla influência no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Egrégio Sodalício em que a mesma compôs o corpo funcional por vários anos.

Nesse sentido, confere-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO DE CÔNJUGE SOBREVIVENTE CASADA PELO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. EXISTÊNCIA DE DOIS FILHOS APENAS DO VARÃO, DE RELACIONAMENTO ANTERIOR AO CASAMENTO.

Sendo ambígua a redação do art. 1.829, I, existindo diversas correntes em relação ao dispositivo, a melhor interpretação é aquela que entende que o cônjuge sobrevivente deve ser herdeiro apenas dos bens comuns, sendo os bens particulares partilhados apenas entre os descendentes. Interpretação que mais se harmoniza com o regime da comunhão parcial escolhidos pelos cônjuges. Precedente do STJ.

Na hipótese dos autos, entretanto, considerando que a decisão determinou a concorrência da viúva com relação aos bens particulares, em atenção à proibição da *reformatio in pejus*, no

24JR, Enéas C. Chiarini. **O ponto-e-vírgula do art. 1829, I, do "Novo" Código Civil.** Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 18 de out. de 2007.

Disponível em :
< http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4419/o_pontoevirgula_do_art_1829_i_do_novo_codigo_civil >. Acesso em: 26 de dez de 2016.

presente caso deve ser mantida a partilha também desses bens, afastando-se a regra do art. 1.790 que disciplina a sucessão do (a) companheiro (a) e não se aplica na hipótese. Tratando-se a sub-rogação dos bens e quitação com recursos do FGTS, questões de alta indagação, deve ser mantida a remessa às vias ordinárias²⁵. (sem grifos no original).

Em seu voto, o Desembargador de Justiça relator Claumir Fidelis Faccenda explicita as razões da Corte, alegando no, no caso concreto, a herdeira deveria ter direito a concorrer sobre os bens comuns. Atente-se que no referido caso, a concorrência sobre os bens particulares foi mantida unicamente porque não houve irresignação por parte dos herdeiros, não podendo o STJ modificar tal situação sob pena de julgar e realizar uma *reformatio in pejus*.

Confira-se:

Como não houve recurso da parte contrária com relação aos bens particulares e, em atenção à proibição da *reformatio in pejus*, no caso concreto, deve ser mantida a partilha sobre os bens particulares em partes iguais entre os três herdeiros.

O recurso é provido, portanto, para que a herdeira concorra também sobre os bens comuns e que a partilha seja realizada em partes iguais entre os herdeiros, excluindo-se a incidência do art. 1.790²⁶.

E conclui:

Do exposto, voto pelo parcial provimento ao recurso, apenas para determinar que a cônjuge sobrevivente concorra com os herdeiros sobre os bens comuns, afastando-se a regra do art.

25 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70035286681. Relator: Desembargador Claumir Fidelis Faccenda. Julgado em 20 de maio de 2010 em Acesso em: 27 de dezembro de 2016.

26 Idem

1.790 que regula a sucessão da companheira e não se aplica no caso concreto²⁷.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, pendeu para o lado da teoria em estudo, incluindo na concorrência conjugal com os descendentes os bens comuns adquiridos na trajetória conjugal do casal.

Confira-se, *mutatis mutandis*:

Direito das sucessões. Recurso especial. Inventário. De cujus 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. 1.829, 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 cujus' 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 cujus' pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida 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

27 Ibidem

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, um 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 consequente auto responsabilidade, 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, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes. (Sem grifos nos original)

Recurso especial improvido²⁸.

Justiça seja feita: não se está, com esse presente trabalho analítico, afirmando que o Tribunal de Justiça gaúcho é uníssono em acatar a tese da doutrinadora Maria Berenice Dias, mas apenas pontua-se que sua tese influencia bastante nos debates da Corte.

Também em sentido diverso já entendeu o TJRS, acompanhando a jurisprudência majoritária:

APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. DIREITO SUCESSÓRIO. CÔNJUGE SOBREVIVENTE QUE NÃO CONCORRE COM OS DESCENDENTES NOS BENS COMUNS DEIXADOS PELO DE CUJUS. Considerando o disposto no artigo 1.829, inciso I, do Código Civil, assim como o Enunciado nº 270 das Jornadas de Direito Civil, o cônjuge sobrevivente somente concorrerá com os descendentes quando o autor da herança deixar bens particulares. Sobre os bens comuns incide apenas

28(REsp 1117563/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 06/04/2010)

o direito de meação. Precedentes. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO²⁹.

Após adentrar nas irradiações sofridas pela jurisprudência nacional, encerra-se o estudo sistemático da segunda teoria acerca da concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes.

5.

5.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A terceira corrente doutrinária a ser analisada sobre a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes já possuiu uma grande força doutrinária. Todavia, apesar de já ser detidamente explicado qual é a corrente majoritária seguida no Brasil, sua defesa conta com ilustres doutrinadores, como exemplo da professora Maria Helena Diniz, que se fulcram no ideal de se oferecer um tratamento igualitário em termos de sucessões tanto àqueles que possuem um longo casamento quanto aos que não puderam construir muitos bens comuns ao longo do matrimônio.

Em suma, o entendimento defende que a base de cálculo incidente para o cônjuge restante é todo o acervo patrimonial do *de cuius*, formado pela soma dos bens particulares e dos comuns após a meação, desde que haja bens particulares do falecido. Noutros termos, a corrente entende que o intuito do art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 é seguir a constante proteção dada ao cônjuge pelo legislador cível, garantindo ao mesmo o direito de concorrer sobre a totalidade de bens deixados pelo falecido com seus descendentes.

Os defensores da presente corrente doutrinária atestam que as ressalvas feitas pelo multicitado artigo são apenas condições mínimas para a habilitação do herdeiro, devendo haver casamento através de comunhão parcial de bens, participação final nos aquestos ou separação convencional de bens. As exceções contidas no texto legal não são contidas na concorrência do cônjuge, porquanto a simples meação garantirá uma segurança patrimonial ampla ao mesmo.

²⁹Apelação Cível Nº 70056373970, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/06/2014

Mantendo a proposta metodológica do trabalho, voltemos ao estudo do caso anteriormente proposto, visto agora à guisa da terceira teoria. Por haver um veículo anterior ao matrimônio, o cônjuge supérstite será chamado para a sucessão, concorrendo sobre a totalidade do acervo hereditário do *de cujus*, qual seja: soma da metade do valor do imóvel urbano e rural – a título de meação – e do veículo anterior.

Para destrinchar os verdadeiros significados da teoria, será feita uma subdivisão do atual capítulo. Inicialmente, havendo uma análise epistemológica sobre o conceito e aplicação da herança, chegando a uma conclusão sobre sua natureza jurídica. Ato contínuo, uma analogia entre o regime sucessório do cônjuge e companheiro sobreviventes será feita, mostrando as semelhanças e divergência entre os institutos do matrimônio e união estável. Com tais premissas consolidadas, será apresentado os reflexos que a teoria causa na doutrina e na jurisprudência pátria, como parte fundamental para se chegar à conclusão do trabalho.

5.2. ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA DA HERANÇA COMO UMA UNIVERSALIDADE DE DIREITOS E DEVERES

A herança é entendida como um conjunto, uma totalidade. Apesar de sua acepção ampla, ela é entendida como uma soma de bens, direitos e obrigações que um falecido deixa para seus sucessores, sendo a legítima transmitida independente da vontade manifesta do *de cujus* e a testamentária como uma liberalidade de parcela dos seus bens deixadas para a fase póstuma.

Caio Mário assim a define:

Herança é o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*. Diz-se, também, acervo hereditário, massa ou monte. Numa especialização semântica, como equivalente a espólio, traduz a universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que a sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamentos dos herdeiros.³⁰

Venosa também é claro ao explicar que:

³⁰ PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2013. P. 17.

Destane, a herança entra no conceito de patrimônio. Deve ser vista como o patrimônio do de cujus. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança³¹.

Portanto, clarividente se torna que a herança é um conjunto de direitos e obrigações tidas pelo falecido e que será transmitido aos herdeiros imediatamente após a sua morte. Assim, não gera dúvidas na doutrina que o conceito de herança se encaixa perfeitamente no suporte fático contido no art. 91 do Código Civil³².

É exatamente através dessa análise epistemológica da herança que os defensores da terceira teoria se pautam para justificar que a concorrência do cônjuge com os descendentes incide sobre o total da herança.

Óbvio que no mundo jurídico é plenamente possível estabelecer exceções, não sendo óbice estabelecer uma base de cálculo diferente para se calcular a herança. Entretanto, sua acepção genérica – como ocorre no art. 1.829, I – faz menção ao conceito genérico de herança.

Segundo a corrente teórica em estudo, subdividir a herança no momento da concorrência do cônjuge restante com os descendentes seria uma grave exceção ao princípio da operabilidade. Aplicado ao âmbito sucessório, o referido princípio é resumido quando a lei traz ao caso concreto uma solução de maneira eficiente ao caso concreto. Com isso, segundo os defensores dessa teoria, quando o art. 1829, I, fala em concorrência hereditária, utiliza a operabilidade e generalidade trazida pelo legislador cível para se referir à herança em seu termo próprio: todo o acervo patrimonial deixado pelo *de cujus*.

Nessa linha de raciocínio, apesar das maciças críticas ao texto legal obscuro do artigo, o legislador trouxe a hipótese de haver concorrência do cônjuge sobre a parte não amealhada do falecido, juntamente ao seu patrimônio particular, tendo em vista a operabilidade que deve ser inerente ao direito hereditário.

31 VENOSA. Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5ª Ed. São Paulo. Atlas. 2002. P. 7.

32 **BRASIL**. Código Civil do. 1916. *In verbis*: “Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”

5.3. DA ANALOGIA ENTRE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE E A COMPANHEIRA SUPÉRSTITES

Continuando o estudo sobre a teoria que prevê a concorrência do cônjuge supérstite sobre todo o acervo patrimonial, faremos um paralelo entre a concorrência apresentada para ele e a do companheiro sobrevivente, com o fito de demonstrar a intenção do legislador cível ao atribuir regimes sucessórios diversos para ambos.

Como é sabido, os direitos constantes na nova codificação civil deram uma maior proteção ao companheiro que vive sobre o regime de união estável. Tais direitos buscaram uma equiparação ampla sempre que possível entre o matrimônio e a união estável, transformando o núcleo familiar como gênero que comporta várias espécies, incluindo essas duas.

Todavia, percebe-se que pontuais diferenças foram expressamente elencadas pelo Código Civil, mormente no âmbito das sucessões. Apesar de bastante criticado, o legislador cível dispôs de forma clara que a concorrência do companheiro supérstite deveria incidir como base de cálculo nos bens comuns que o casal companheiro venha a conquistar na constância da vida a dois.

Confira-se:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.³³

De pronto, o referido artigo não escapa das críticas doutrinárias acerca de seu teor normativo, principalmente por conta da constitucionalização do Direito Civil, do direito à igualdade e da eficácia horizontal das normas constitucionais às relações particulares.

Em apertada síntese, têm-se que as críticas são fundamentadas no fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe em seu bojo a igualdade familiar entre cônjuge e companheiro. Sendo assim, seria – no mínimo – contraditório estabelecer uma diferença tão significativa no tocante ao direito sucessório entre as duas espécies familiares.

Não são raros os momentos em que a própria jurisprudência pátria critica veemente essa norma. Confira-se recente julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que leciona de modo claro o tema:

INVENTÁRIO. SUCESSÕES. DECISÃO QUE ESTIPULOU A INCIDÊNCIA DO ART. 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL, COM A DETERMINAÇÃO DE HABILITAÇÃO DOS PARENTES COLATERAIS DO AUTOR DA HERANÇA. EQUÍVOCO EVIDENCIADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1.829, INCISO III, E ART. 1.838, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL, A FIM DE VEDAR A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA SOBREVIVENTES PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a elevação da união estável à condição de entidade familiar para conferir-lhe maior proteção do Estado, pode-se falar que a família é gênero, de que são espécies o casamento e a união estável.

³³**BRASIL.** Código Civil do. 2002. Art. 1.790.

A distinção aos direitos sucessórios dos companheiros – inciso III do art. 1.790 do Código Civil – viola o princípio constitucional da igualdade, uma vez que confere tratamento desigual àqueles que, casados ou não, mantiveram relação de afeto e companheirismo durante certo período de tempo, inclusive, contribuindo para o desenvolvimento econômico da entidade familiar.

Os Tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não só para a cônjuge, mas, também, para a companheira, colocando-as em posição de igualdade na sucessão.

RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO³⁴.

É nesse íterim que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646721 e 878694, decidiu – em sede de repercussão geral – que o artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional, não se coadunando com os supracitados princípios constitucionais que ventilam a igualdade entre cônjuges e companheiros.

O Pretório Excelso, por maioria, aprovou a tese que considera que “*no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil*”.³⁵

Desse modo, a Corte Suprema torna mais pacífica a posição já defendida pelos tribunais de que o regime sucessório a ser aplicado àqueles que vivem na constância do casamento ou da união estável deve ser o mesmo, sendo aplicada a regra contida no multicitado artigo 1.829 do Código Civil.

³⁴Agravo de Instrumento nº 2013.057957-4, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Gilberto Gomes de Oliveira, Julgado em 06/03/2015.

³⁵Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em 10 de maio de 2017.

Entretanto, o artigo 1.790 – apesar de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio – deixa claro o intento do legislador cível em definir a base de cálculo que incide sobre a herança.

Ao estabelecer que *“a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”*, o Código é expresso ao determinar que o companheiro apenas irá concorrer sobre os bens comuns do casal, quais sejam, aqueles que forem conquistados ao longo da convivência familiar.

O raciocínio é simples: se o legislador cível fez menção expressa aos bens comuns na concorrência do companheiro no art. 1.790; no art. 1.829, I, o mesmo determinou que a concorrência ocorreria sem restrições, atribuindo à herança o seu caráter comum de universalidade de direitos e deveres.

Desse modo, tal analogia é usada entre os defensores da terceira teoria sobre a concorrência do cônjuge, baseando a interpretação no sentido de que o legislador civil brasileiro não fez referência à base de cálculo na qual incidiria a concorrência do cônjuge por querer justamente que esta fosse incidida no total hereditário, seguindo a linha de evolução que garantiu maiores proteções patrimoniais ao cônjuge sobrevivente.

5.4. REFLEXOS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIAS

Após consolidar as preliminares até então elencada, será analisado os reflexos que a teoria da concorrência do cônjuge sobrevivente sobre a totalidade de bens com os descendentes do falecido.

Como grande representante da corrente doutrinária, temos a ilustre professora Maria Helena Diniz. Assim é seu entendimento:

“Pelo novo Código Civil, convém repetir, haverá concorrência do cônjuge supérstite com descendentes do autor da herança, desde que, pelo regime matrimonial de bens, o falecido possuía patrimônio particular. Para tanto, o consorte sobrevivente, por força do art. 1.829, I, só poderá ser casado sob o regime de

separação convencional de bens, de participação final nos aquestos ou de comunhão parcial, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do *de cuius*. Se o falecido não possuía bens particulares, o consorte sobrevivente não será herdeiro, mas tem assegurada a sua meação, sendo o regime de comunhão universal ou parcial. Meação não é herança, pois os bens comuns são divididos, visto que a porção ideal deles já lhes pertencia. Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação, se casado sob o regime de comunhão parcial, e uma parcela sobre todo o acervo hereditário. Concorre em igualdade de condições com os descendentes do falecido, exceto se já tiver direito à meação em face do regime matrimonial de bens. Terá quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer³⁶.

Com isso, percebe-se que a autora exemplifica as hipóteses trazidas no art. 1829, I, convergindo com os demais autores que apenas haverá concorrência se houver bens particulares deixados pelo *de cuius*, pois, caso contrário, a simples meação seria suficiente para proteger financeiramente o cônjuge. Havendo tais bens, a autora atesta que a melhor interpretação a ser dada ao artigo é de que a concorrência incidirá sobre a totalidade dos bens deixados pelo falecido.

A autora ainda fundamenta ainda mais seu posicionamento:

A lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do *de cuius* e para atender ao princípio da operabilidade, tornando mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro. A existência de tais bens é mera condição ou requisito legal para que o viúvo, casado sob o regime de comunhão parcial, tenha capacidade para herdar,

³⁶DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6º Volume. 22ª Edição. Direito das Sucessões. São Paulo. Saraiva. 2008. P. 105-106

concorrendo, como herdeiro, com o descendente, pois a lei o convoca à sucessão legítima³⁷.

Com tais dizeres, Diniz atesta veementemente que o legislador em momento algum fez referência sobre os bens particulares como base de cálculo para a concorrência, devendo ser interpretado que a concorrência se dá sobre a herança em sua forma genérica e ampla.³⁸

Na mesma linha de raciocínio, entende Francisco Cahali:

Ai que parece, quis o legislador permitir a concorrência do cônjuge na herança, quando pelo regime adotado, o falecido possuir patrimônio particular, incomunicável (separação convencional ou comunhão parcial, deixando o falecido bens particulares), embora a participação venha a ser sobre todos o acervo. É curiosa, e merecedora de reflexão, a situação. Veja-se que se o casamento tiver sido celebrado pelo regime da comunhão parcial e o falecido não possuía bens particulares, o viúvo deixa de participar da herança, ressalvado seu direito à meação. Mas se o único bem particular adquirido antes do casamento for uma linha telefônica, o cônjuge sobrevivente recebe, além da meação que já lhe é destinada, uma parcela sobre todo o acervo, inclusive daquele que é meeiro³⁹.

Cahali concorda com a concorrência sobre todo o acervo patrimonial do falecido, mas também pontua algumas situações curiosas que poderiam ocorrer no caso do *de cuius* possuir bens particulares com pouco valor econômico, capacitando o cônjuge a concorrer sobre a integralidade da herança.⁴⁰

Também merece destaque o posicionamento de Denise Schmitt Garcia:

A concorrência será na totalidade da herança e não somente com os bens particulares, pois essa ressalva contida no artigo

37 Idem

38 Ibidem

39CAHALI,Francisco José. Curso Avançado de Direito Civil. V. 6. São Paulo. P. 247-248

40 Idem

é tão somente um requisito para dizer se o cônjuge pode ou não concorrer juntamente com os descendentes, podendo receber já com esse, parcela da herança deixada⁴¹.

Denise também corrobora com o entendimento dos demais autores, afirmando que as ressalvas e hipóteses contidas no art. 1.829, I, do Código Civil são meras condições para capacitar o cônjuge em concorrer com o montante total do acervo patrimonial hereditário.

6. O PROJETO Nº 58/ 2007 E SUA TENTATIVA DE FINDAR A CONTROVÉRSIA

Como visto, a interpretação sobre a base de cálculo que incidirá a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido é tema de bastante divergência doutrinária e jurisprudência, dada a ambiguidade inserta no art. 1829, I, do CC/02.

Visando findar tal controvérsia, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 508/2007, de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro e relatoria da deputada federal Jô Moraes. Referido projeto tem a clara intenção de trazer mais igualdade entre cônjuge e companheiro, propondo – dentre outros – revogar o art. 1.790 do Código, alterar o art. 1.829 e inserir o companheiro sobrevivente nas hipóteses de concorrência neste artigo. Com efeito, seria adicionado um parágrafo único que deixaria explícito a base de cálculo a ser aplicada na concorrência entre cônjuge e companheiro sobreviventes com os descendentes.

A redação do art. 1.829 passaria a dispor do seguinte modo:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente ou com o companheiro sobrevivente;

⁴¹GARCIA. Denise Schmitt Siqueira. Direito Sucessório do Cônjuge na Sucessão Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Anais da semana de divulgação científica do Curso de Direito. 2004. P. 22.

III – ao cônjuge sobrevivente ou ao companheiro sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Parágrafo único. A concorrência referida nos incisos I e II dar-se-á, exclusivamente, quanto aos bens adquiridos onerosamente, durante a vigência do casamento ou da união estável, e sobre os quais não incida direito à meação, excluídos os sub-rogados.

Com isso, a divergência aparentemente seria finalizada, pois o parágrafo único expressamente traz à tona que o cônjuge ou companheiro sobrevivente concorreria com os descendentes apenas nos bens particulares, não objetos da meação, conforme defendido pela primeira corrente aqui estudada e seguindo a linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Em suas justificativas para apresentar o projeto, o deputado federal Sérgio Barradas Carneiro deixa claro que:

A alteração ao art. 1.829, além de igualar em direitos o companheiro ao cônjuge, retira, em definitivo, a dúvida acerca de quais os regimes de bens que admitem a incidência do instituto da concorrência com os descendentes, vencendo-se a confusa redação atual, pela retirada das ressalvas contidas no texto atual. O parágrafo único, ora proposto, afastará quaisquer dúvidas relativas às hipóteses de regimes patrimoniais de bens que admitirão a incidência da concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, quer na sucessão dos descendentes (inciso I), quer na sucessão dos ascendentes (inciso II). O parágrafo único proposto determina claramente qual o monte hereditário sobre o qual efetivamente deve incidir a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, excluindo as dúvidas, mas, principalmente, a diversidade de tratamento quanto à entidade familiar (casamento ou união estável) à qual pertença o herdeiro concorrente (cônjuge ou companheiro) sobrevivente. Por outro lado, associando-se a redação proposta ao art. 1.829 com as dos artigos 1.832 e

1.837, haverá mais clareza quanto à porção patrimonial da herança que caberá quando ocorrer a concorrência⁴².

Percebe-se que a igualdade entre cônjuge e companheiro sobreviventes seria efetivada para efeitos sucessórios, modificando a base de cálculo do montante concorrencial deste – que atualmente se dá sobre os bens comuns conquistados pelo casal –, e esmiuçando o daquele, fixando para ambos os bens particulares obtidos pelo *de cujus*.

Até o fechamento desse presente trabalho, o referido projeto de lei encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados desde o dia 10/02/2015, após o pedido de desarquivamento requerido pelo deputado federal Cléber Verde. Cumpre salientar que o mesmo já foi aprovado por unanimidade na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, após parecer em favor da constitucionalidade e juridicidade dado pelo relator deputado federal Vilson Covatti.

⁴²CARNEIRO, Sérgio Barrada. Justificativas para Proposta de Lei nº 508/2007. Disponível em :
< <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345372> >.
Acesso em: 09 de dez de 2016.

7. CONCLUSÃO

A concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do falecido é tema que causa grande entropia e divergência na doutrina e jurisprudência pátria, mesmo após 15 anos após a vigência do atual Código Civil.

Tais posicionamentos diversos são oriundos da truncada redação do art. 1.829, I, do Código, a qual gerou três correntes interpretativas sobre a real intenção do legislador no que se refere à base de cálculo em que incide a concorrência.

Sem querer volver os temas amplamente debatidos no presente trabalho, foi visto que a primeira corrente interpretativa defender que a base de cálculo que incide a concorrência são os bens particulares deixados pelo *de cuius*. Segundo seus defensores, essa medida se faz necessária, haja vista que permitir que o cônjuge sobrevivente concorra também sobre os bens não objetos da meação seria garantir uma superproteção a esse em detrimento da prole deixada pelo falecido. É o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, apesar do próprio Tribunal admitir que o tema ainda está distante de ser manso na doutrina e jurisprudência nacional.

Também foi mostrada a segunda corrente doutrinária, a que vem ganhando adeptos por trazer à tona a socioafetividade e o intento manifesto dos nubentes

quando resolvem se casar pelo regime de comunhão parcial de bens. Seus defensores argumentam que a concorrência só incidirá sobre os bens comuns do casal, caso inexistam bens particulares do falecido, já que estes não foram conquistados com a participação do cônjuge supérstite.

Ainda, também foi mostrada a teoria que defende que a base de cálculo que deve incidir a concorrência do cônjuge sobrevivente é o montante total do patrimônio deixado pelo *de cujus*. Para tanto, o entendimento foi subdividido no decorrer do trabalho, mostrando um estudo epistemológico sobre o conceito de herança e uma análise comparativa entre a redação específica sobre a base de cálculo aplicada ao companheiro supérstite e a genérica atribuída ao cônjuge restante.

Por fim, o atual trabalho mostra a tentativa legislativa em finalizar essas divergências com o Projeto de Lei nº 58/2007, o qual inclui um regime único de concorrência para o cônjuge e o companheiro sobreviventes, devendo incidir sobre os bens particulares do falecido.

Após verificar todas essas divergências entre os doutrinadores e julgadores, a conclusão a que se chega o presente Trabalho de Conclusão de Curso é a de que a redação do art. 1.829 deve ser modificada de modo célere. De modo semelhante ao que é proposto pelo Projeto de Lei nº 59/2007, a equiparação do cônjuge e companheiro para fins concorrenciais e inserção de um Parágrafo Único explicitando qual deva ser a base de cálculo para a concorrência entre eles e os descendente, seria uma técnica legislativa bastante eficaz para dirimir tais correntes controversas.

Entretanto, até que haja a devida alteração do texto legal, o intento deste trabalho é o de demonstrar que a interpretação mais sensata sobre a base de cálculo que incide a concorrência do cônjuge sobrevivente - quando casado sob o regime de comunhão parcial de bens - é a que defende que sejam os bens totais da herança.

Tal conclusão se chega após se analisar o princípio da operabilidade da herança e da segurança jurídica aplicada às sucessões. Percebe-se que as duas outras correntes doutrinárias poderiam gerar diversas injustiças no tocante à distribuição do patrimônio hereditário a depender de fatores pontuais, como o tempo de casamento, a quantidade de bens particulares existentes, dentre outros.

Ora, se a interpretação sobre o intento do legislador fosse que a concorrência incidiria sobre os bens particulares, prejudicaria de sobremaneira os casamentos mais duradouros, em que o falecido tivesse pouquíssimos bens exclusivos, ficando à mercê do montante obtido pela meação, instituto que nem entra no rol dos direitos sucessórios. De maneira diversa, traria uma proteção teratológica a pessoa que ficou viúva após se casar com outrem de idade avançada e que possuía consigo um montante extenso de bens particulares.

Já a segunda corrente poderia ser alvo de críticas por exigir que inexistisse qualquer bem particular para que haja a hipótese de concorrência entre o cônjuge supérstite e os descendentes. Esse método interpretativo poderia gerar diversos problemas práticos, principalmente quando – em inventário posterior –, fosse descoberto que o *de cuius* possuía um bem particular de valor irrisório, sendo bastante para excluir do cônjuge o direito de concorrer.

Diante de tais potenciais injustiças e garantindo uma operabilidade, justeza e praticidade no momento da partilha é que se defende que a melhor maneira de interpretar o confuso art. 1.829, I, do Código Civil é a seguinte: falecendo pessoa com descendentes e cônjuge, este terá direito à meação pelo simples desfazimento da sociedade conjugal e ainda concorrerá sobre o monte total deixado pelo falecido, entendido como a soma entre os bens não amealhados e seu patrimônio exclusivo.

Com vistas a embasar ainda mais o posicionamento, se adota os fundamentos explanados no capítulo referente à terceira teoria. Portanto, percebe-se que o intento do legislador ao esmiuçar a base de cálculo do companheiro sobrevivente e deixar de modo genérico a do cônjuge, foi de considerar esta última como herança *lato sensu*, uma universalidade tanto de direitos quanto de deveres.

Pode-se dizer que tal posicionamento poderia acarretar uma superproteção dada ao cônjuge, com grande diferença da dada à prole sobrevivente. Percebe-se que tal argumentação - apesar de válida - poderia ser confrontada com a constante evolução protetiva que veio sendo conferida ao cônjuge supérstite. Além do mais, existe diversos meios do falecido proteger sua herança de eventual proteção ampla dada ao cônjuge, tais como doações em vida como parte de antecipação da herança ou testamentos protegendo os herdeiros.

Frise-se que o presente trabalho sugere que a opção mais sensata é a reelaboração do art. 1.829 do Código, adotando um dos posicionamentos acima elencados. Todavia, até que a redação do diploma legal seja alterada, a melhor interpretação deve ser a que entende que o cônjuge sobrevivente concorra com os descendentes sobre o patrimônio total do falecido, abarcando os bens comuns não objetos de meação e os particulares. Tal interpretação é a mais coerentes, porquanto condiz com a própria intenção da norma jurídica, sendo abstrato e genérico, gerando uma segurança jurídica para que se saibam que a base de cálculo da herança se dará sobre a integralidade dos bens.

É o entendimento que se adota com o presente Trabalho de Conclusão de Curso.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil**. V. 6. São Paulo.

DIAS. Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008

DINIZ. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 6º Volume. 22ª Edição. Direito das Sucessões. São Paulo. Saraiva. 2008.

GARCIA. Denise Schmitt Siqueira. Direito Sucessório do Cônjuge na Sucessão Legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Anais da semana de divulgação científica do Curso de Direito. 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes**. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_concorrancia.pdf>. Acesso em: 14 de dez. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte. Del Rey. 2004.

JR, Enéas C. Chiarini. **O ponto-e-vírgula do art. 1829, I, do "Novo" Código Civil**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 18 de out. de 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JR. Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 3ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2005.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.estado.estadao.com.br/editorias/03/04/12/aberto001.html> Acesso em 10 de novembro de 2016.

Tribunais. 2008.

VENOSA. Sílvio Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 5ª Ed. São Paulo. Atlas. 2002.

VENOSA. Sílvio Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 5ª Ed. São Paulo. Atlas. 2005.

Julgados

TJSP – 10ª C. Cível. AP nº 0010885-03.2010.8.26.0009. Rel.: Roberto Maia. Data do julgamento: 23/10/2012. Data de registro: 26/10/2012.

Agravo de Instrumento nº 2013.057957-4, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça de SC, Relator: Gilberto Gomes de Oliveira, Julgado em 06/03/2015.

Agravo de Instrumento Nº 70039409149, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 20/10/2010

Apelação Cível Nº 70056373970, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 26/06/2014

REsp 1117563/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 06/04/2010

STJ – Resp nº 1.368.123 – SP. Relator: Min. Sidnei Beneti. Relator para Acórdão: Raul Araújo. 2ª Seção. Data de julgamento: 22/04/2015, Publicado no DJE: 08/06/2015. Pág: Sem página cadastrada.

TJDFT - Acórdão n.920037, 20080111557179APC, Relator: CARLOS RODRIGUES, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 28/01/2016, Publicado no DJE: 23/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70035286681. Relator: Desembargador Claumir Fidelis Faccenda. Julgado em 20 de maio de 2010 em Acesso em: 27 de dezembro de 2016.

Legislação

BRASIL, Constituição Federal do.

BRASIL. Código Civil do. 1916.

BRASIL. Código Civil do. 2002.

Lei Federal nº 6.515/77