

DIREITO SUCESSÓRIO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Viviane Kely da Silva Moura¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a sucessão concorrente do cônjuge sobrevivente, de acordo com o novo regime introduzido pelo Código Civil de 2002, através de uma pesquisa teórica sobre o tema e análise da legislação à luz da doutrina e jurisprudência. Especificamente, trata de um aspecto dessa sucessão, a definição dos bens sobre os quais recai o direito de herança do cônjuge sobrevivente, quando concorrer com descendentes do falecido. Nesse contexto, enfrenta-se a polêmica em torno da incidência da herança do cônjuge. Para tanto, analisa-se a vinculação do regime de bens do casamento ao direito de herança do consorte. Ao final, evidencia-se as correntes doutrinárias que buscam a criação de possíveis soluções no tocante a omissão legal da quota destinada ao cônjuge quando a concorrência for, simultaneamente, com descendentes comuns e com descendentes só do falecido.

Palavras-chaves: Direito Civil. Código Civil de 1916. Concorrência sucessória. Cônjuge sobrevivente. Súmula 377 do STF. Código Civil de 2002. Inovações. Herança.

ABSTRACT

This work deals with the competing succession of the surviving spouse/husband under the new rules introduced by the Civil Code 2002 through a theoretical research and analysis of the legislation according to the doctrine and jurisprudence. Specifically, this paper deals with one aspect of this succession which is the definition of the goods on which lies the right of inheritance of the surviving spouse/husband when competing with descendants of the deceased. In this context, it faces the controversy surrounding the effect of the inheritance of a spouse/husband. Thus, it analyzes the connection of the property regime of marriage to the consort's right of inheritance. Finally, it is highlighted the doctrinal thoughts that seek the creation of possible solutions regarding the legal omission on the part destined to the spouse/husband when the competition is, simultaneously, among common descendants and descendants of the deceased only.

Keywords: Civil Law. Civil Code of 1916. Competing succession. Surviving spouse/husband. Precedent 377 of the Supreme Court. Civil Code of 2002. Innovations. Inheritance.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

E-mail: vivianee_moura@hotmail.com.

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

E-mail: casimiroLuciana@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

A sucessão tem como corolário a proteção jurídica da propriedade, na medida em que, com a transmissão do patrimônio do indivíduo em razão de sua morte, aos seus herdeiros, preserva-se o caráter perpétuo do domínio, fazendo com que os bens da pessoa, com o seu óbito, permaneçam em sua família. Por essa razão, a sucessão está também assentada na solidariedade familiar, pois é elemento que confere segurança e conforto material aos familiares do falecido.

A ligação entre sucessão e direito de família é íntima, vez que herdeiros que integram a ordem de vocação hereditária, assim como a ordem de chamamento, são definidos pelo modelo da família vigente em cada momento histórico. O regime matrimonial de bens é o conjunto de normas que trata das relações patrimoniais do indivíduo, em decorrência do casamento, vigorando, portanto, durante a vida de casados; não sendo, ao menos em princípio, parâmetro que define o direito à herança do parceiro falecido.

O Código Civil de 2002 alterou profundamente o ordenamento jurídico sucessório brasileiro, especialmente em razão das mudanças introduzidas na ordem de vocação hereditária, como forma de atribuir ao cônjuge sobrevivente uma tutela legal mais acentuada.

Com essa nova sistemática, a lei civil concedeu ao cônjuge sobrevivente o *status* de herdeiro necessário, não mais podendo ser afastado da sucessão do consorte, já que é titular de direito a legítima e, além disso, garantiu a ele uma quota mínima de herança quando em concorrência com herdeiros comuns, consoante estabelecido no artigo 1.832 do referido diploma.

Além dessas inovações, o cônjuge supérstite, que embora tenha sido mantido na terceira classe de vocação hereditária, passou a ter assegurado o direito de concorrer com os descendentes do falecido pela propriedade da herança, com base no artigo 1.829 do Código Civil.

A concorrência do cônjuge, com os descendentes, está vinculada ao regime de bens que vigorava no casamento que mantinha com o falecido, consoante o artigo supra.

Por isso, sempre existiram em nosso ordenamento jurídico, estreita relação entre a sistemática de regime de bens do casamento e a sucessão legítima. E isso se repete agora, em relação ao Código Civil vigente.

2 SUCESSÃO CAUSA MORTIS

Prefacialmente, é interessante salientarmos a acepção jurídica da sucessão. Afirma MONTEIRO (2006, p.1) que num sentido amplo, a palavra *sucessão* significa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam. Nesse sentido se diz, por exemplo, que o comprador *sucede* ao vendedor no que concerne à propriedade da coisa vendida. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito.

No direito das sucessões, entretanto, emprega-se o vocábulo num sentido mais restrito, para designar tão somente a transferência da herança, ou, do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força da lei, ou em virtude de testamento.

Destarte, o direito das sucessões vem a ser o ramo do direito civil que trata da sucessão *mortis causa*, da transferência do patrimônio da pessoa aos seus herdeiros, ocasionada pelo falecimento, com base na lei ou em testamento.

No presente trabalho, a expressão será empregada em seu sentido estrito, por ser própria do direito das sucessões.

Na precisa definição etimológica de OLIVEIRA (2005, p.50):

De origem latina, a palavra *sucessão* significa, dentre outras acepções, suceder, vir após, entrar no lugar de outrem. Dá a ideia de substituição de pessoa no desempenho de certa atividade, cargo ou função, como de uso na atuação política ou empresarial, ou da transmissão da propriedade de bens pela troca dos titulares, tal seu emprego nos negócios jurídicos, em que alienante sucede o adquirente.

Desta noção, ademais, não discrepa BEVILÁQUA (1932, p.15):

Sucessão em sentido geral e vulgar é a sequência de fenômenos ou fatos que aparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. A sucessão *mortis causa* ou hereditária é aquela em que há transmissão de direito e obrigações de uma pessoa morta a uma sobrevivente em virtude da lei ou vontade do transmissor.

Quanto à sua origem, a sucessão pode ser legítima ou *ab intestato*² e testamentária. No dizer de RODRIGUES (2002, p.16) *quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento, chama-se sucessão testamentária; quando se dá em virtude de lei, denomina-se sucessão legítima.*

O Código Civil consagra duas espécies de sucessão *causa mortis*. A primeira delas é designada *sucessão legítima*, pois os bens do falecido seguirão a ordem de vocação hereditária prevista em lei. É, portanto, *legítima*, pois, de fato, decorre da lei, da norma jurídica. Já a segunda espécie é a *sucessão testamentária*, cujos efeitos decorrem do ato de última vontade do falecido que deixa testamento ou codicilo.

No contexto desse trabalho, cuidará exclusivamente da sucessão legítima.

A seu turno, a sucessão legítima ou *ab intestato*, na lição de DINIZ (2007, p.18), *é a resultante de lei nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento.*

Assim, se falecer o indivíduo sem deixar testamento válido, os seus bens serão transferidos às pessoas determinadas na lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária. Portanto, inexistindo disposição de última vontade, o patrimônio sucessório será deferido aos descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente ou colaterais do *de cujus*, de acordo com o artigo 1.829 do Código Civil.

Registre-se, finalmente, que o cônjuge sobrevivente, ainda consoante o mesmo dispositivo, poderá suceder em concorrência com os descendentes e ascendentes do falecido, desde que presentes certos requisitos exigidos pela lei, que serão analisados amiúde oportunamente.

3 SUCESSÃO LEGÍTIMA: ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. APARECIMENTO DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A sucessão legítima possui uma estreita relação com a vocação hereditária, uma vez que esta significa a ordem preferencial de chamamento das classes sucessíveis à herança; trata-se de capacidade sucessória, ou a aptidão genérica para receber a herança.

Cumpra definir agora os critérios utilizados para estabelecer como são chamados os herdeiros em razão da abertura da sucessão, a sequência que deverá ser obedecida, bem como os parâmetros a divisão da herança.

² adv. (Latim) de uma pessoa que morreu sem deixar testamento

Nesse sentido, é conveniente, tecer uma breve evolução história da ordem de vocação hereditária.

No campo do direito precedente ao Código Civil de 1916, o legislador cuidou de estabelecer que, o cônjuge supérstite figurasse em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, enquadrado como sucessor da classe dos colaterais de décimo grau.

Todavia, com o advento da Lei 1.839 de 1907, conhecida como “Lei Feliciano Pena”, o cônjuge sobrevivente, passou a ser convocado previamente aos colaterais, passando a ocupar a terceira posição na aludida ordem preferencial.

Na legislação de 1916, aplicava-se a regra pela qual a existência de herdeiros de uma classe elimina do chamamento da sucessão dos herdeiros da classe subsequente, onde, existindo descendentes do *de cujus*, os ascendentes não eram chamados a suceder, e, existindo ascendentes, o cônjuge sobrevivente não era chamado a suceder.

Levando em conta a nova posição galgada pelo cônjuge sobrevivente, o Código Civil de 1916, manteve essa ordem. Posto isso, o novo Código Civil, inovou em relação ao Código anterior, erigindo o cônjuge à condição de herdeiro necessário. Nesse contexto, o cônjuge migrou da posição de herdeiro facultativo para a de necessário, e por isso, tem pleno direito à metade da herança, de forma imperativa.

De fato, o cônjuge continua integrando a terceira classe de ordem da vocação hereditária, após os descendentes e ascendentes, conforme o artigo 1.829 do Código Civil vigente. Porém há uma ressalva na vigência do Código revogado, tal seja: inexistência, como regra, do instituto da concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente com os descendentes ou ascendentes do falecido.

A concorrência de classes adveio com a vigência do Código de 2002. Desta forma, o cônjuge passa a concorrer, em alguns casos, com os descendentes, a depender do regime de bens, e sempre com os ascendentes, seja qual for o regime.

É a disciplina extraída do artigo 1.829 do CC em vigor, que preceitua:

Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Sobre tal controvertido ponto, interessante mencionar as palavras de crítica da professora HIRONAKA (2011, p.462):

Um fato parece-nos absolutamente certo, contudo, nos casos de concorrência sucessória, aos quais nos referimos como de difícil ou complicada a solução do dimensionamento dos quinhões para cada concorrente, em razão do que existe na Legislação Civil de 2002: os eventuais desacertos, ou as eventuais decisões judiciais díspares que acontecem aqui e ali, neste país imenso, não resultam, ao menos desta feita, de insuficiência ou do desmando judiciário, mas tão somente da falha do legislador, por ter produzido, não acidentalmente, um vazio de previsão.

Por fim, verifica-se que a situação do cônjuge é diferenciada, de fato, quando na legislação em vigor, o coloca na primeira classe de preferência, em concorrência com os descendentes, e, na falta destes, indica-o na segunda classe, prontamente em concorrência com os ascendentes, sempre.

4 ENQUADRAMENTO DA CONDIÇÃO DE HERDEIRO LEGÍTIMO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

Impende ressaltar que só será lícito ao cônjuge supérstite invocar direito de herança, enfim, a qualidade de sucessor do *de cujus* se, ao tempo da morte do consorte, apresentava capacidade sucessória, nos moldes do artigo 1.830 do Código Civil:

Art. 1830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Portanto, o cônjuge sucederá ao falecido, apenas se, quando aberta a sucessão, estava casado, de fato e de direito, com o *de cujus*. Em contrapartida, se no momento citado já estava desfeita a sociedade conjugal, em razão de separação consensual ou litigiosa, o cônjuge não terá legitimidade para suceder.

Nesse caso, com o término da sociedade conjugal, cessam os efeitos do casamento, pessoais e patrimoniais, incluindo-se, obviamente, os direitos sucessórios. Como a separação judicial é causa de extinção da propriedade para suceder do cônjuge, de acordo com o mencionado artigo 1.830, está implícito que o divórcio também sepulta qualquer pretensão

sucessória do consorte, na realidade, ex-consorte, pois esse é causa de dissolução não apenas da sociedade, mas também e, principalmente do vínculo conjugal.

Importante ressaltar que a separação judicial só estará consumada com o trânsito em julgado da decisão que decretar a separação do casal, quando essa for litigiosa, ou com a homologação judicial do acordo firmado pelos separandos, quando se tratar de separação consensual.

Na precisa observação da professora e doutrinadora HIRONAKA (2003, p.221) *caso o cônjuge venha a falecer antes disso, ainda que com processo judicial em tramitação, o consorte sobrevivente herdará, uma vez que a capacidade para suceder não havia ainda sofrido qualquer alteração.*

Da mesma forma, não mais gozará da qualidade de sucessor se o matrimônio já estava desfeito, ainda que informalmente, por separação de fato, em curso há mais de dois anos.

Aliás, via de regra, é preciso esclarecer que se o cônjuge sobrevivente estiver separado de fato há mais de dois anos, poderá o cônjuge ser herdeiro se fizer prova que a convivência se tornou impraticável sem sua culpa.

Por força dessa regra, assevera HIRONAKA (2003, p.221): *de qualquer maneira, mesmo se estiver separado de fato há mais de dois anos, o cônjuge poderá ainda ser chamado à sucessão, por se tratar de presunção relativa.*

Contudo, com o surgimento da Emenda 66/2010³, conhecida como Emenda do Divórcio, serviu para consolidar a corrente que prega o total desaparecimento da culpa no sistema de dissolução do casamento.

Não há dúvida de que essa investigação de culpa pelo fim do casamento é ainda mais inadequada no âmbito da sucessão, por gerar situação de difícil solução prática, uma vez que essa discussão será realizada quando um dos envolvidos já houver falecido, obrigando que a sua defesa seja efetuada pelos herdeiros interessados.

A doutrina tem efetivamente identificado no dispositivo em apreço, que estamos diante de hipótese em que fatos serão levantados e provados também contra a honra e a moral do falecido, sem que este possa se defender. Logo, em muitas situações estará presente verdadeira lesão aos direitos da personalidade do morto.

Obtempera VELOSO (2006, p.1528):

³ Art. 226 da Constituição Federal: a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Em muitos casos, não ficará fácil produzir a prova de quem teve culpa pela extinção da convivência, considerando, especialmente, que um dos parceiros já morreu. Este artigo, com suas regras e exceções, dará margem a inúmeras questões, para discussões intermináveis.

Por tudo isso, é conveniente trazer a lume o ponto da nova separação extrajudicial, realizada por meio de escritura pública em cartório de notas, prevista na Lei 11.441/2007, que inseriu o art.1.124-A⁴ no Código de Processo Civil, se repercutirá na sucessão sucessória do cônjuge.

A propósito, o artigo 1.830 do Código Civil nega a capacidade sucessória ao cônjuge se, ao tempo da morte do outro, estavam separados judicialmente ou separados de fato há mais de dois anos, sem fazer menção, logicamente, a essa nova modalidade de separação.

Faz-se mister ponderar, se o preceito contido no referido artigo é válido também em relação ao cônjuge separado extrajudicialmente do *de cujus*.

Neste diapasão, sensível a essa diferença, GABURRI (2007, p.148) assevera:

A regra do art. 1830 do CC é vazada em elevado teor moral, ao afastar da sucessão do outro aquele cônjuge que com ele não mais guarda um mínimo de afeto. Em que pese o Código não prescrever o afastamento do cônjuge extrajudicialmente separado, não há como desconsiderar o princípio sobre o qual funda-se a edição da norma em análise, de relevante teor moral, no momento em que o legislador posicionou-se pela proibição do cônjuge judicialmente separado em contemplar-se com direitos sucessórios do outro, já que, por este, não guarda mais sentimentos como lealdade, fidelidade, assistência e conveniência afetiva.

Torna-se evidente que se a separação é judicial ou extrajudicial, o tratamento legal necessariamente tem de ser o mesmo, uma vez que, como princípio básico não se deve chamar à sucessão do indivíduo o consorte que ele estava separado, do contrário será consagrado flagrante atentado ao princípio da afetividade, verdadeiro corolário das relações familiares.

⁴ Art. 1.124-A - a separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Para concluir, embora a legislação não diga textualmente, é inquestionável que, se a sociedade conjugal foi desfeita por separação extrajudicial, nenhum direito sucessório restará ao cônjuge sobrevivente.

5 QUESTÕES CONTROVERTIDAS: REGIME DE BENS X ANÁLISE DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA

As hipóteses de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes do autor da sucessão serão delineadas a seguir, com base no regime de bens que regulava o casamento.

5.1 Separação Convencional de bens

O casamento pode ser celebrado sob o regime da separação de bens. Nesse caso, não haverá aquestos, pois existem apenas os bens particulares do marido.

Lembremos que no regime em exame o cônjuge não receberá meação alguma, assim, a morte do consorte pode acarretar, no âmbito patrimonial, situação de enorme instabilidade econômica. Para tanto, como a herança é composta apenas por bens exclusivos do autor da sucessão, é assegurada a concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente nesse regime.

No artigo 1.829, I, do Código Civil, expressamente, determina que o cônjuge não recolherá herança concorrente, se casado com o falecido no regime da comunhão universal, no da separação obrigatória ou no da comunhão parcial de bens, desde que, nessa última hipótese, o *de cujus* não tenha deixado bens particulares.

Nota-se que a restrição à participação concorrente do falecido cônjuge, na sucessão do outro, existe apenas se o regime de separação for o obrigatório. Inclusive, a lei é explícita nesse sentido, pois, no artigo 1.829, I, quando são relacionadas as hipóteses de não concorrência do consorte sobrevivente, em vez de utilizar a expressão genérica separação de bens, o legislador fez questão de detalhar que o comando estava direcionado apenas aos casos de separação obrigatória.

Desse modo, com base no silêncio da lei, por interpretação a *contrario sensu*, cônjuge concorrerá com descendentes do falecido, por parte do acervo hereditário, quando o casamento tiver sido celebrado sob o regime da separação convencional de bens.

No entanto, vale destacar, a propósito, que há infindáveis críticas ao dispositivo em comento, decorrente da possibilidade do cônjuge sobrevivente ser herdeiro em concorrência com os descendentes. O argumento empregado é a despeito a vontade dos nubentes, tendo em

vista que optaram pelo regime da separação convencional, no escopo de impedir a comunicação de bens.

Com fundamento nesses argumentos, opuseram-se doutrinadores do quilate intelectual de REALE (2005, p. 229), defensor da doutrina da exclusão do cônjuge do rol dos herdeiros necessários, quando casado pelo regime da separação de bens, seja obrigatória ou convencional, quando observa:

[...] se o cônjuge casado no regime de separação de bens fosse considerado herdeiro necessário do autor da herança, estaríamos ferindo substancialmente o disposto no art. 1.687, sem o qual desapareceria todo o regime de separação de bens, em razão do conflito inadmissível entre esse artigo e o art. 1829, I, fato que jamais poderá ocorrer numa codificação à qual é inerente o princípio da unidade sistemática (...). Em um código os artigos se interpretam uns pelos outros. Eis a primeira regra de hermenêutica jurídica estabelecida pelo jurisconsulto Jean Portalis, um dos principais elaboradores do Código de Napoleão.

Em desarmonia com o posicionamento do insígne doutrinador, a jurisprudência e o Código Civil, admite expressamente a concorrência sucessória ao cônjuge sobrevivente casado no regime de separação convencional. Nesse sentido, se posiciona a Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão no final de 2011:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Inventário Decisão que declarou que o cônjuge supérstite não é herdeiro nem meeiro Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional Decisão que contraria a lei, em especial os artigos 1.845 e 1829 do Código Civil Decisão reformada Agravo provido.1.8451829Código Civil (76459620118260000 SP 0007645-96.2011.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 04/10/2011, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/10/2011)

Nesse contexto jurisprudencial, trata-se de reconhecimento da concorrência sucessória do cônjuge supérstite com os descendentes na hipótese de casamento pelo regime da separação convencional de bens.

Tendo em vista tal entendimento, em garantir ao cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional a participação na herança, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, corroborou com o posicionamento:

Agravo de instrumento. Direito de Família. Sucessão. Cônjuge sobrevivente contemplado como herdeiro necessário. Inteligência do art. 1829 do Código Civil. I- Admite-se o cônjuge casado pelo regime voluntário de separação de bens como herdeiro necessário concorrendo com os descendentes em iguais partes no inventário. O verdadeiro sentido do inciso I do art. 1829 do novo Código Civil é segundo o qual a sucessão legítima cabe, em primeira linha, aos casado este com o falecido no regime de comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou sem no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. II - Agravo de Instrumento conhecido e improvido” (TJPA, Processo 200630046066, Agravo de Instrumento, 1ª. Câmara Cível Isolada, Comarca: Belém, Publicação: 13.04.2007, Rel. Leonardo de Noronha Tavares).

Essa posição, entretanto, não seria acatada pacificamente. O Tribunal de Justiça de São Paulo já prolatou decisão dissonante:

Sucessão. Tendo o autor apelante casado com a “de cujus” pelo regime da separação convencional de bens, incide na hipótese o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil de 2002, equiparada a separação convencional à obrigatória, a impedir que o cônjuge sobrevivente ostente a qualidade de herdeiro. Artigos 1829, I, 1.640, 1641, I e improvido (TJSP, Apelação Cível 535.332.46-00, Des. Berreta da Silveira, j. 27.11.2007)

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 992.749-MS, discordou da posição favorável à concorrência do cônjuge no regime de separação convencional:

O regime da separação obrigatória de bens previsto no art. 1.829, inc. I, do CC2002, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal, (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime da separação de bens à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito á meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. (Informativo n. 418 do STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 1º. .12.2009)

Entretanto, tal entendimento não prospera, em relação à tese defendida pelos civilistas e pela jurisprudência dominante. Ora, a separação obrigatória não é gênero e não agrupa duas espécies. Por isso, saliente-se que existe um equívoco conceitual.

A separação de bens é que compõe o gênero que é ínsita a duas espécies, quais sejam: a separação convencional, decorrente do pacto antenupcial e a separação obrigatória ou legal oriunda da regra taxativa descrita no artigo. 1.641 do Código Civil.

Logo, o primeiro fundamento não é suficiente para afastar a concorrência sucessória das pessoas casadas pelo regime da separação convencional de bens. Assim, o que afirma o julgado, empregando-se inadequadamente a palavra obriga, e é que o regime produz efeitos após a morte dos cônjuges, e, portanto, após findo o casamento.

A morte extingue a sociedade conjugal, *ex vi* do disposto no artigo 1.571, I, do Código Civil:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;

Isto posto, a exegese jurisprudencial não encontra guarida na doutrina pátria nem nos preceitos do Código Civil, pois, o regime de bens também se extingue com a morte.

Manifestando-se a respeito, o sábio VELOSO (2010, p.72), pontifica:

Apesar desse julgado da Terceira Turma do STJ – que deverá ficar sozinho, vão prevalecer e continuar sendo aplicadas as disposições do Código Civil: o cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens concorre, sim, com os descendentes do falecido.

5.2 Na comunhão parcial de bens em que o autor deixa bens particulares

Em geral, no regime da comunhão parcial de bens comunicam-se apenas os bens adquiridos durante o casamento de forma onerosa.

Ressalte-se, porém, que quando o cônjuge sobrevivente casado com o falecido no regime da comunhão parcial, é possível que este recolha parte da herança, na hipótese do falecido ter deixado bens particulares, ou seja, os excluídos da comunhão.

Entretanto, surge na seara doutrinária, correntes para defender se o cônjuge supérstite em concorrência com os descendentes recebe à totalidade da herança incluindo a meação ou somente concorre em relação aos bens particulares.

Sobre esta interessante temática, existe a controvérsia se haveria a concorrência do consorte sobrevivente com os descendentes do autor da sucessão, em relação a todo o patrimônio do falecido, ou apenas sobre os bens exclusivos.

O argumento apontado pela primeira corrente para explicar qual o tratamento jurídico deverá ser aplicado, é no sentido de permitir a concorrência sucessória em relação aos bens particulares.

Nessa linha de inteligência, é o pensamento ALMEIDA (2003, p.227) *a regra é que o cônjuge sobrevivente recolhe na existência de bens particulares. Mas, por óbvio, tem sucessão concorrente apenas com relação a esses bens particulares, não aos comuns, pois desses já retirou a sua meação.*

Tecidas tais considerações, é esse também o fundamento apresentado na III Jornada de Direito Civil, ao discorrer sobre o tema, mediante o Enunciado nº 270 CJF-STJ, nos seguintes termos:

O art. 1829, inciso 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 restringe-se a tais bens devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente com os descendentes.

Com igual entendimento HIRONAKA (2005.p.46):

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 do que já lhe cabia, mas que se encontravam 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.

Fundamentalmente, a doutrina criou a segunda teoria explicativa a respeito da participação do cônjuge na sucessão à totalidade da herança.

São adeptos a esta segunda corrente: Maria Helena Diniz, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto e Luiz Paulo Vieira de Carvalho, cujos entendimentos, atente-se, são minoritários.

Esse é o entendimento de DINIZ (2005, p.125), vejamos:

Infere-se que se erigiu o regime matrimonial de bens do casamento como mero requisito ao direito de suceder do cônjuge, em concorrência com os descendentes do autor da herança. (...) Meação não é herança, pois os bens comuns são divididos, visto que a porção ideal deles já lhe pertencia. Havendo patrimônio particular, o cônjuge sobrevivente receberá a meação, se

casado sob o regime da comunhão parcial de bens e uma parcela sobre todo o acervo hereditário.

O entendimento defendido pela doutrinadora acaba por não reconhecer os limites que separam o regime de bens do casamento e o direito de herança do cônjuge. Justificar a participação do consorte da herança concorrente, em relação à parcela do falecido nos aquestos, pelo de ele ter participado da aquisição dos mesmos, já se presume esforço comum do casal nessas hipóteses, seria propor a vigência do regime matrimonial mesmo quando o casamento já encontrou seu fim, em razão da morte de um dos partícipes.

Por fim, é preciso destacar a terceira e última posição defendida por DIAS⁵, que embora minoritária, por ser desarmonica com o espírito do que consta no Código Civil de 2002, está assentada em sólidos argumentos. Segundo a autora, a correta leitura do artigo 1.829,I, deve ser feita no sentido que é assegurado ao cônjuge supérstite, na concorrência com descendentes do falecido, o direito do cônjuge sobrevivente concorrer em relação aos bens comuns e não aos particulares.

Nos termos propostos por DIAS:

[...] aqui abre a lei duas hipóteses, a depender da existência ou não de bens particulares. De forma clara diz o texto: no regime da comunhão parcial há a concorrência “se” o autor da herança não houver deixado bens particulares. *A contrario sensu*, se deixou bens exclusivos, o cônjuge não concorrerá com os descendentes.

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

Imperiosa a correta compreensão da norma legal, até porque, ao colocar o “ponto e vírgula”, o legislador visou, exatamente, afastar a perplexidade que tem assaltado todos os intérpretes do novo Código.

Quando o regime é da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração em sua formação, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que participe o cônjuge desse acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente a herdar parte do patrimônio quando da morte do par.

⁵Corrente defendida pela doutrina em seu artigo *ponto e vírgula*, extraído do site www.mariaberenicedias.com.br

Em síntese, a doutrinadora gaúcha prega o desaparecimento da concorrência sucessória em relação aos bens particulares, pois, eles não foram frutos do esforço comum do casal. Atenta a isso, admite a concorrência sucessória em relação aos bens comuns, justificando que os bens foram adquiridos na constância do casamento, como produto da colaboração recíproca.

Assim, aduz que justo seria que o cônjuge além de meeiro fosse herdeiro em concorrência com os descendentes.

6 REGIMES EM QUE NÃO HAVERÁ CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

6.1 Comunhão Universal

No tocante ao regime da comunhão universal de bens, não existe direito de concorrência, em razão do cônjuge supérstite, já possuir direito a meação. De tal forma, o cônjuge sobrevivente terá bens próprios, que corresponde à metade de todo o acervo hereditário.

Os bens particulares como os adquiridos durante a vida em comum são partilhados pela metade. Assim sendo, o sobrevivente recebe 50%(cinquenta por cento) de tudo. A meação do cônjuge, que corresponde à herança, é dividida entre seus descendentes e nada irá auferir o viúvo sobre essa parcela.

Contudo, no regime da comunhão universal, é possível que haja bens que pertençam exclusivamente a um dos cônjuges, sendo, portanto, bens particulares, quais sejam: os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade, além dos sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso, como também o direito do herdeiro fideicomissário, antes de efetivada condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, com exceção, se forem provenientes de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais realizada por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; Os bens mencionados nos incisos V a VII do art. 1.659.

Em relação aos bens supramencionados, não há direito a meação.

Por isso, a doutrina passou a sustentar a possibilidade de deferir o direito de concorrência sobre os bens particulares, sob o fundamento de que sobre eles não cabe meação. Esta solução, porém, se parece justa, carece de respaldo legal.

Nessa vertente, ALMEIDA (2003, p. 224) esclarece:

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

Entretanto, GONÇALVES (2007, p.151), diverge do posicionamento *allures* mencionado, afirmando: *de fato, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não há motivo para que seja ainda herdeiro.*

Portanto, a interpretação literal pela qual não existirá concorrência sobre os bens particulares, torna o casamento pelo regime da comunhão universal menos protetivo aos cônjuges que o da comunhão parcial em termos de concorrência com os descendentes.

6.2 Separação Obrigatória e Convencional de bens

O regime de separação pode decorrer de convenção dos nubentes, através do pacto antenupcial, em que será denominado de separação convencional, ou obrigatória por imposição legal, hipótese em que adquire caráter compulsório, razão pela qual é nominado de separação obrigatória de bens.

No regime da separação obrigatória, não há observância do direito de concorrência. É de salutar importância, destacar que nesse regime ocorre a única exceção ao princípio de que, inexistindo meação, haveria concorrência.

A separação será obrigatória, quando o casamento for contraído com violação das causas suspensivas enunciadas no artigo 1.523, por pessoa maior de setenta anos e por todos os que dependerem, para a prática do ato, de suprimento judicial, como um menor de idade, entre dezesseis e dezoito anos, que não recebeu autorização dos pais para o casamento.

Neste regime, a lei obstou a preferência livre de um regime de bens, impondo a separação. Ao afastar a concorrência sucessória do cônjuge, o legislador, consagrou, diga-se de passagem, novamente, o caráter punitivo da norma, que extingue consequências patrimoniais do casamento de quem tem mais de 70(setenta) anos.

Em sentido contrário, ALMEIDA (2003, p.226), explica, *a intenção do legislador foi manter a vontade da lei e não partilhar os bens na dissolução matrimonial involuntária. Não*

se entregam os bens ao casado pelo regime da separação, quando o casamento tem fim pela morte de um dos consortes.

Contudo, o posicionamento acima transcrito, trata-se de construção normativa aplaudida pela maioria da doutrina, sob o argumento de que, por se tratar de um regime imposto por lei, não seria coerente que a própria lei permitisse, em certa medida, a comunhão de patrimônio, mediante a participação do cônjuge na sucessão do outro.

Insta registrar que a Súmula 377 do STF instituída em 3 de abril de 1964, alterou o regime da separação obrigatória para o da comunhão parcial, a qual preceitua: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

No entanto, a doutrina e jurisprudência não é pacífica no tocante ao emprego de tal súmula.

Segundo LEITE (2004, p.221):

Mantida a aplicação da súmula mesmo na vigência do Código Civil de 2002, a concorrência seria descabida, pois os cônjuges casados pelo regime da separação legal teriam direito de partilhar os aquestos, ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento. Com esta partilha, o cônjuge sobrevivente deteria de bens para sobreviver.

O argumento basilar da doutrina que prega a vigência de tal súmula é que ela tem por escopo afastar o odioso enriquecimento sem causa de um dos cônjuges em detrimento de outro, eis que, muitas vezes, apenas o marido trabalha fora da residência e amealha bens apenas em seu nome, perdendo de vista que verifica-se que a esposa cuidava do lar e da família.

É de se observar, outrossim, que tal súmula admite imprecisões. Existe embaraço em conseguir identificar quais são os bens que se comunicam: se é a totalidade dos bens ou somente os adquiridos a título oneroso, nomeados como aquestos.

Outro caso que gera diversões é se há necessidade ou não do esforço comum. Nesta hipótese, a jurisprudência não é uníssona, não havendo consenso jurisprudencial.

Sobre tão controvertida matéria, manifesta-se o Ministro Fernando Gonçalves:

Direito Civil. Regime legal de separação legal de bens. Aquestos. Súmula 377. Esforço comum. 1. A viúva foi casada com o *de cujus* por aproximadamente 40(quarenta) anos, pelo regime de separação de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do Código Civil de 1916. 2. Nestas circunstâncias incide a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que, por sinal, não cogita de esforço comum, presumido, neste caso, segundo

entendimento pretoriano majoritário. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª. T., REsp 154.896RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.11.2003, DJ 1º. .1.12.2003, p.357).

Na mesma linha de raciocínio, em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo(TJSP) apreciou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CASAMENTO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO ESFORÇO COMUM QUE SE PRESUME AUSÊNCIA DE PROVA A INFIRMAR O ESFORÇO COMUM BENS QUE INTEGRAM O MONTE PARTÍVEL RECURSO IMPROVIDO.
(1764848420118260000 SP 0176484-84.2011.8.26.0000, Relator: Flavio Abramovici, Data de Julgamento: 04/10/2011, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/10/2011)

Nesse contexto, ainda que inexistia esforço comum, existiria a comunicação dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, ainda que seja apenas no nome de um dos cônjuges.

Em contrapartida, a jurisprudência também entende ser prescindível provar o esforço comum, consoante decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo de instrumento. sucessões. bens imóveis titulados pela viúva. casamento pelo regime da separação obrigatória de bens. aplicação da súmula 377 do stf de modo a permitir a comunicabilidade desses bens, reconhecendo a meação do *de cujus*, somente mediante prova do esforço comum do casal para a aquisição do patrimônio. questão de alta indagação remetida às vias ordinárias. exclusão dos referidos bens do inventário em tramitação.

1. A aplicação da Súmula 377 do STF, que estabelece a comunicabilidade dos aquestos no regime da separação obrigatória de bens, não prescinde da prova do esforço comum de ambos os cônjuges na formação do patrimônio, pena de favorecer o enriquecimento sem causa.

2. Por se tratar de questão de alta indagação, a prova da conjugação de esforços, que leva ao reconhecimento da meação em favor do cônjuge falecido, deve ser produzida na via própria, por seus herdeiros, sendo incabível no bojo do inventário, que deve prosseguir apenas em relação aos bens titulados pelo falecido. Inteligência do art. 984 do CPC.

DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

CAHALI (RODRIGUES apud CAHALI 2004, p.148), considerou a súmula ultrapassada não sendo mais aplicável à separação obrigatória, que a passa a ser um regime de

efetiva separação de bens. Mesmo porque sua origem remonta ao artigo. 259 do Código de 1916, que não encontra correspondente.

Em análoga acepção entendem Jones Figueirêdo Alves, Mário Luiz Delgado, José Fernando Simão e Euclides de Oliveira.

Todavia, há os que defendam tese oposta como Silvio de Salvo Venosa, Rolf Madaleno, Flávio Tartuce, ratificando a vigência e aplicação da Súmula 377 do STF. A respeito do tema, observa MADALENO (2004, p.115) com peculiar sabedoria:

Caso não tenha mais aplicação da Súmula 377 do STF, a separação obrigatória poderá ser considerada como uma separação absoluta. Assim o cônjuge não terá direito a meação, nem a concorrência sucessória com os descendentes. Se essa interpretação prevalecer, estão reduzidas sensivelmente as históricas conquistas, num inegável retrocesso constitucional.

Destaca-se, que se a súmula estiver mantida, a separação obrigatória não será absoluta. Desse modo, haverá bens comuns e bens particulares do falecido. Com efeito, sobre os bens comuns, o cônjuge terá direito à concorrência com os descendentes, por força da expressa disposição do artigo 1.829,I, do Código Civil.

Portanto, importante consignar que em decorrência das abundantes críticas e divergências existente no regime da separação obrigatória, o Estatuto das Famílias, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) através do PL 2.285.2007, apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, suprime tal regime, abolindo da lei as ocasiões em que se imporia a separação contra a vontade dos nubentes.

6.3 Na Comunhão parcial de bens na qual o falecido não deixa bens particulares

Em se tratando do regime da comunhão parcial de bens, em que não há bens particulares, os bens deixados são em sua totalidade, bens comuns. No que alude a tais bens o sobrevivente já possui sua devida meação.

Em razão de meação, não se pode mais falar em concorrência sucessória com os descendentes, visto que o cônjuge sobrevivente não se encontrara em desprotejo.

Do exposto, é forçoso concluir que a sistemática do cônjuge, com descendentes do falecido, é demasiadamente complexa, é confusa, por conta da má redação do art. 1;829,I, como também do seu caráter sintético, pois o legislador disse muito menos do que deveria, deixando muitas dúvidas e questões em aberto. Ao combinar herança com regime de bens, o

legislador, obrigou o hermenêuta a buscar o fundamento normativo nas entrelinhas, mediante o emprego, quase sempre, de interpretação a *contrario sensu*.

7 CÁLCULO DO QUINHÃO HEREDITÁRIO FACE A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM OS DESCENDENTES

Em verdade, é preciso evidenciar o quinhão hereditário a que o cônjuge sobrevivente faz *jus*, em concorrência com os descendentes do falecido.

Neste caso, há que ser invocada a regra do artigo 1.832:

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.

Assim sendo, o cônjuge recebe tratamento equânime em analogia aos descendentes, logo, todos sucedem por direito próprio.

Posto isso, observa-se que a segunda parte do dispositivo faz uma advertência: a quota do cônjuge não poderá ser inferior a 1/4 se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Em suma: se o cônjuge concorrer com filhos comuns dele e do falecido, há uma proteção mais ativa do cônjuge, na medida em que garante uma quota mínima, no importe de 1.4, em relação ao acervo hereditário.

Existe, portanto, a filiação comum, circunstância em que o cônjuge é ascendente dos herdeiros com que concorrer, como também, a filiação híbrida, circunstância na qual o cônjuge sobrevivente não é ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

A partilha será sempre por cabeça, ainda que lembremos, apenas, a condição para o cônjuge sobrevivente herdar a quota mínima do dispositivo em comento, o cônjuge precisa ser ascendente de quem vai concorrer, ou seja, existir a filiação comum, além de o falecido ter deixado quatro filhos ou mais (descendentes).

De tal forma, verifica-se que a distinção entre a filiação comum e a filiação exclusiva só passa a existir a partir do momento em que o falecido deixa quatro filhos ou mais.

Contudo, o artigo 1.832 do Código Civil, é de meridiana clareza ao estabelecer que quando o cônjuge sobrevivente concorre com filhos comuns do autor da herança, terá o cônjuge uma maior participação nos bens deixados, necessariamente, na percentagem de 25%, ou seja, 1.4 do acervo hereditário, se comparado à hipótese em que concorre com filhos

exclusivos do autor da herança, em que terá uma participação igualitária e independente do número de filhos.

Nesse sentido, cumpre-nos invocar trecho da definição de LEITE (2003, p.234):

[...] isto quer dizer que, no caso de o *de cujus* ter quatro ou mais filhos a regra da divisão *per capita* já não mais se aplica à espécie. Concorrendo, pois, cônjuge e descendentes, verifica-se um desvio à regra de sucessão por cabeça. Esta só vale se houver até 3(três) descendentes. Se o *de cujus* tiver, por exemplo, quatro filhos, já terá de reserva-se um quarto da herança para o cônjuge sobrevivente e o remanescente (3.4) é que será dividido pelos filhos em partes iguais. Assim, se A morre *ab intestato*, deixando cinco filhos e cônjuge; o cônjuge receberá 1.4 e os restantes 3.4 é que serão distribuídos em partes iguais pelos filhos.

A respeito desse tema, interessante questão diz respeito à filiação híbrida. Em tal situação, o Código restou-se silente, por isso, por força da doutrina convencionou chamar de concorrência híbrida, por acontecer, a concorrência ao mesmo tempo do cônjuge sobrevivente, entre os filhos comuns do casal e os filhos exclusivos do falecido.

Assim, colocado um meio termo, surge um equívoco que reside na incerteza se será mantida a reserva especial de um quarto da herança em favor do cônjuge supérstite.

Por óbvio, desencadearam-se intensos debates no seio doutrinário. Em relação a filiação híbrida.

Merece destaque o notável esforço de HIRONAKA (2003, p.229) que formulou três propostas possíveis de resolução da hipótese híbrida de concorrência entre descendentes, comuns e exclusivos, e o cônjuge sobrevivente. Todavia, ela própria reconhece que, em se concretizando, na mesma sucessão, a existência de descendentes comuns e descendentes apenas do falecido, não haverá solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código novo.

Vale conferir a preleção as propostas formuladas por HIRONAKA (2003, p.226) a) a primeira proposta: “Identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se todos fossem também descendentes do cônjuge sobrevivente.

Neste caso, considerando, por uma ficção, todos os descendentes como se equivalessem a descendentes comuns, aplicar-se-ia indistintamente o disposto no artigo 1.832, que estabelece que o quinhão do cônjuge não pode ser inferior à quarta parte da herança, quando ascendente dos herdeiros com quem concorrer. Ocorre, entretanto, que essa garantia da reserva mínima em favor do cônjuge supérstite se daria, ao prevalecer esse entendimento, em claro prejuízo dos filhos exclusivos do *de cujus*, que, a rigor, herdaram por cabeça, em

igualdade de condições com o consorte do falecido, sempre que com ele se der o concurso sucessório.

Portanto, essa posição não é satisfatória, por sacrificar o interesse dos filhos exclusivos do autor da sucessão, na medida em que implica uma injusta diminuição dos seus quinhões hereditários, apenas para favorecer o consorte sobrevivente.

b) A segunda proposta: “Identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se todos fossem descendentes exclusivos do cônjuge falecido”.

Esta é a interpretação dominante a qual está filiado Flávio Tartuce, Cristiano Cassetari, Guilherme Calmon da Gama, Gustavo Rene Nicolau, Jorge Shiguemitsu Fugita, Inacio de Carvalho Neto, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno e Zeno Veloso. Reconhecendo o seguinte Enunciado: “Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”, sendo o Enunciado nº 527.

Mais uma vez, baseado em uma ficção, todos os filhos seria exclusivos do falecido, ocasionando, com isso, a perda do benefício da quota mínima de um quarto da herança ao cônjuge, pois, nesse caso, o acervo deveria ser partilhado por cabeça, mediante a divisão da herança em tantas partes quanto for o número de herdeiros. Essa proposta também não está isenta de críticas, na medida em que se concretizaria em claro prejuízo do cônjuge sobrevivente, pois, de acordo com o artigo 1.832, concorrendo com filhos exclusivos do falecido, atualmente o consorte pode ser contemplado com quota inferior a um quarto da herança.

A prevalecer essa proposta, o cônjuge poderia herdar uma quota inferior a um quarto da herança, bastando, para isso, que concorresse com quatro descendentes ou mais do de cujus, já que, não havendo a reserva da quarta parte da herança, a mesma seria partilhada, entre todos os herdeiros, de modo igualitário.

c) A terceira e última proposta: “Composição pela solução híbrida, subdividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo”.

A própria autora explica como será a partilha de bens, com base nessa última proposta, poderia ser implementada, soluções matemáticas:

[...] primeiro se dividiria a herança em duas sub-heranças, proporcionalmente ao número de descendentes de cada um dos grupos (comuns e exclusivos). A sub-herança que fosse destinada a compor os quinhões hereditários dos descendentes exclusivos seria dividida em tantas quotas quanto fossem os herdeiros desta classe, mais uma correspondente à quota do cônjuge concorrente, conforme determinação do art. 1.832, 1ª parte,

entregando-se a cada um dos herdeiros o seu correspondente quinhão hereditário. A seguir, dividir-se-ia, da mesma maneira, a sub-herança destinada a compor os quinhões hereditários dos descendentes comuns, pelo número deles, mais uma, destinada ao cônjuge que com ele concorre. Supondo que a somatória dessa quota deferida ao cônjuge sobrevivente (em concorrência com descendentes exclusivos) fosse menor que uma quarta parte da herança, então, se reorganizaria a divisão, para que se esse preceito do legislador ordinário pudesse ser observado. Para tanto a sugestão seria a de se abater da sub-herança atribuível aos descendentes comum o quanto fosse necessário para – somando-se ao quinhão do cônjuge obtido já da sub-herança deferida aos descendentes exclusivos – consolidar o que equivale a 25% do total da herança (atendendo, assim, ao que dispõe a 2ª parte do mesmo dispositivo legal em comento, o art. 1.832)

Essa última proposta peca, basicamente, por dois motivos: primeiro, confere tratamentos diferenciados aos descendentes do falecido, com base no fato de serem comuns ou exclusivos, fato que resultaria em afronta ao artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, o qual consagra o princípio da isonomia entre filhos, não admitindo qualquer tratamento discriminatório, independente de sua origem. Segundo, caso vingasse tal proposta esta seria de difícil aplicação prática, situação que deve ser veementemente evitada.

Merece relevo a preleção de OLIVEIRA (2005, p.121):

Para evitar a situação de incontornável óbice jurídico, pode-se interpretar a regra atributiva do art. 1.832, redigido com(sic) está, em caráter restritivo, ou seja, de que o cônjuge somente terá assegurada a quarta parte da herança se for ascendente de todos os herdeiros com que concorrer. Sempre que haja outros herdeiros em concurso, dos quais o cônjuge não seja ascendente, as quotas da herança serão partilhadas sem distinção de valor, entre todos os descendentes e o cônjuge, por cabeça, com manifesta simplificação da partilha e fiel observância do princípio isonômico com relação às quotas de herança dos filhos.

Trata-se, portanto, de um posicionamento amparado na segunda corrente proposta descrita pela professora e doutrinadora HIRONAKA, uma vez que, ocorrendo filiação híbrida, identificam-se os descendentes como se todos fossem equivalentes a descendentes exclusivos do autor da herança, ocasionando, assim, a partilha da herança por cabeça, em partes iguais, entre seus descendentes e cônjuge.

Estudadas essas teorias, é de se apontar que HIRONAKA critica imperiosamente todas as soluções apontadas pela doutrina para resolver a questão da filiação híbrida. Conclui seu raciocínio com a seguinte ponderação:

[...] não há posição firme e definitiva. A jurisprudência variará perigosamente e a solução é a mudança da lei ou a consolidação de súmula.

O ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo diploma civil brasileiro para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as hipóteses híbridas, evitando o dissabor de soluções ou interpretações que corressem exclusivamente ao alvedrio do julgador ou do hermeneuta.

9 CONCLUSÃO

Em razão das sensíveis alterações no tocante ao direito sucessório do cônjuge abarcadas pelo Código Civil de 2002, basicamente, a sucessão concorrente do cônjuge com os descendentes gravita em torno da definição das seguintes questões: a) quando haverá concorrência do cônjuge com os descendentes do autor da herança? A participação do cônjuge não ocorre em todas as hipóteses, uma vez que depende do regime de bens do casamento; b) existindo concorrência, sobre quais bens incidirá a herança do cônjuge? Em outras palavras, a herança do cônjuge sobrevivente recairá sobre todo o patrimônio sucessório, apenas sobre os bens particulares do falecido ou apenas sobre a parte do de cujus na meação dos bens comuns do casal? c) qual a quota de herança prevista em favor do cônjuge? Qual o seu quinhão hereditário, em comparação ao quinhão previsto em favor dos descendentes do falecido?

Com efeito, desde que o atual Código entrou em vigor, o artigo 1.829, I, o qual regula a concorrência do cônjuge com os descendentes do falecido, tem sido alvo de críticas severas, em razão de sua enorme complexidade e desapego da boa técnica legislativa, o que gerou enorme e indesejável confusão em torno de sua interpretação.

Ao implementar o novel instituto da concorrência do cônjuge com os parentes do falecido, o Código Civil de 2002 o fez para dar primazia, privilégio, e antes de tudo, proteção ao cônjuge, sob o fundamento da afetividade.

Percebe-se, que apesar de todas as imperfeições técnicas da norma vigente, estabeleceu-se um regime concorrente que tutela o cônjuge na medida exata, contemplando-o com parte da herança, de modo que a morte do consorte não seja fator que gere instabilidade financeira ou produza desequilíbrio patrimonial, mas também sem causar prejuízos a outros herdeiros, notadamente em relação aos descendentes.

Dessa forma, através da combinação dos regimes de bens, criou-se uma sistemática que evitou uma tutela excessiva do cônjuge, pois ele herdará em concorrência com os descendentes do falecido, apenas quando não tiver a meação. Presume-se que, se tiver direito a metade do patrimônio do casal, não necessitará de herança. Portanto, quando o cônjuge sobrevivente for meeiro, não será herdeiro, e, sendo herdeiro, não será meeiro, essa é *a mens legis*.

Como a interpretação dessa norma deve ser restritiva, as hipóteses em que não estão expressamente mencionadas, devem ser consideradas como permissivas de concorrência hereditária. Portanto, fazendo uso de uma interpretação a *contrario sensu*, em razão da omissão normativa, deve-se concluir que o cônjuge participará da sucessão do outro, se o regime era o de separação convencional ou o da comunhão parcial existindo bens particulares do *de cujus*. E de acordo com uma interpretação literal do artigo 1.829, I, o cônjuge, não será chamado a concorrer, se casado sob o regime da comunhão universal, de separação obrigatória, ou da comunhão parcial, na hipótese em que não haver bens exclusivos do falecido, que são aqueles que não se incluem na meação.

Ao definir os requisitos os requisitos para a concorrência hereditária do cônjuge com os descendentes, foram empregados reprováveis fórmulas negativas, prescrevendo em quais hipóteses o consorte não sucederia, a depender do regime de bens.

Além disso, garantiu a ele uma quota mínima de herança quando em concorrência com herdeiros comuns, consoante estabelecido no artigo 1.832 do referido diploma. Como regra geral, o cônjuge receberá quinhão igual ao atribuído a cada descendente, hipótese em que a partilha da herança será feita por cabeça. Entretanto, o Código estabeleceu regra diferenciada quando a concorrência se der com descendentes comuns ao falecido e ao cônjuge supérstite, nessa hipótese, o cônjuge não poderá ser contemplado com menos de um quarto da herança.

Não há previsão legal da quota destinada ao cônjuge quando a concorrência for, em concomitância, com descendentes comuns e com descendentes só do falecido.

Nesse caso, não há consenso entre os doutrinadores a esse respeito, prevalecendo à polêmica, principalmente porque nenhuma das teorias formuladas é capaz de preservar os interesses de todos os herdeiros concorrentes, de maneira que todos esbarram em um problema comum, que é o sacrifício de alguns dos envolvidos, em prol dos demais, com vista a pacificação dos problemas.

Diante de tal omissão, no momento, aguarda-se o projeto do IBDFAM, denominado Estatuto das heranças, enquanto as reformas não chegam, no sentido de mudança de lei ou consolidação de súmula, emprega-se a interpretação dominante, que está contida nos Enunciados.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 6.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem de sucessão**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. 2. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.

HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. São Paulo: RT, 2011.

HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Parte especial do direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil comentado**. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2006.

GABURRI, Fernando. A questão do afastamento sucessório do cônjuge extrajudicialmente separado à luz do novo Código Civil, in **Separação, divórcio, partilha e inventários extrajudiciais: questionamentos sobre a Lei 11.441.2007**. São Paulo: Método, 2007.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). **História do Novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

VELOSO, Zeno. **Direito hereditário do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

DIAS, Maria Berenice. **Ponto e vírgula**. Artigo extraído do site <http://www.mariaberenice.com.br>. Acesso em 11 de julho de 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil do direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XXI.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direitos das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 6.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 6.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 21.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de família. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. Revista **Mens Juris**. Uberlândia, v. 2, n. 1 e 2, jan./dez. 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito de família, 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp Nº 1.111.095 (2009/0029556-0) Rel: Carlos Fernando Mathias, julgamento em 01.10.2009. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8589558/recurso-especial-resp-1111095-rj-2009-0029556-0-stj/inteiro-teor. Acesso: 09 de julho de 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ. AI nº: 200630046066 PA 2006300-46066 Rel. Des. Leonardo de Noronha Tavares, julgamento em 17/04/2006 e publicado no DJ em 13/04/2007. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5553053/agravo-de-instrumento-ai-200630046066-pa-2006300-46066-tjpa>

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 992749 MS 2007/0229597-9 Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI, Julgamento em 01/12/2009, T3 - TERCEIRA T Publicação no DJe em 05/02/2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592148/recurso-especial-resp-992749-ms-2007-0229597-9-stj>