



CONCORRÊNCIA DESLEAL?

A questão da quota parte do cônjuge sobrevivente nos regimes de comunhão de bens.

Leonora Roizen Albek Oliven¹

A pesquisa analisa parte dos reflexos do inciso I do art. 1829 do Código Civil de 2002 no que tange especificamente à sucessão dos cônjuges casados pelos regimes da comunhão parcial e universal de bens. As diferenças nos regimes são significativas, no entanto em ambos pode haver bens particulares, hipótese em que o casado pelo regime da comunhão limitada concorrerá, mas não o casado pela comunhão total. Essa diferença possivelmente deixa de observar a proteção jurídica que a atual codificação buscou atribuir ao sobrevivente através da dupla vocação: de herdeiro necessário e concorrente com descendentes e ascendentes.

PALAVRAS-CHAVE: sucessão; cônjuge; companheiro; concorrência; comunhão de bens.

UNFAIR COMPETITION?

The question of the share of the surviving spouse in the communion of property regimes

The research aims to analyze part of item I of art. 1829 of the Civil Code of 2002 with respect specifically to the succession of spouses married by the regimes of partial and universal communion of goods. The differences in the regimes are significant, however in both there may be particular goods, a hypothesis in which the married by the regime of limited communion will compete, but not the married by the total communion. This difference may fail to observe the legal protection that the current codification sought to

¹ * Doutora em Direito, PPGD-UVA com a tese "Famílias plurais: leitura histórico-jurídica das reconfigurações familiares no Brasil"; mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade, UVA. Advogada. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito, docente na graduação em direito das famílias e das sucessões e colaboradora do PPGD-UVA. leonora.oliven@gmail.com telefone (21) 981235297 e endereço para acessar o lattes <http://lattes.cnpq.br/1070351326253691>



assign to the survivor through the double vocation: of necessary heir and concurrent with descendants and ascendants.

INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende a análise crítica de parte do inciso I do art. 1829 do Código Civil de 2002, e as suas repercussões, que trata da concorrência sucessória entre os cônjuges, expandida aos companheiros com as decisões proferidas em maio de 2017 pelo STF. O recorte do trabalho se estabelece em face da sucessão nos regimes de comunhão parcial e da comunhão universal de bens, especificamente.

A nova codificação, ao inovar e implementar a dupla vocação modificou sensivelmente a posição sucessória do cônjuge sobrevivente. Agora ele assume a posição de herdeiro necessário e concorrente com descendentes e ascendentes de forma conjuntiva, concomitante.

Em sucedendo com os descendentes, essa será dependente do regime de bens da união. Sucodem os casados ou conviventes pelos regimes da comunhão parcial de bens, se o falecido deixar bens particulares – e acredita-se que tão somente neles; pelo regime da participação final de aquestos e no regime da separação convencional de bens. Não sucedem com os descendentes nas uniões que tenham por regimes a comunhão universal de bens. Se na comunhão parcial de bens não deixar o falecido bens particulares e no regime da separação obrigatória de bens. Já com os ascendentes, os cônjuges e companheiros concorrem quaisquer que sejam os regimes de bens.

No entanto, o texto legal não é claro no que tange aos quinhões sucessíveis. A obscuridade enseja discrepâncias dentro dos regimes, o que dá origem a diferentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. As desconexões podem implicar em insegurança jurídica a refletir nos institutos do casamento e da união estável, quando é feita a opção do regime de bens, ainda que suscetível de justificada mudança. Esse é o ponto nevrálgico a ser enfrentado.

A problemática será encarada através de revisão bibliográfica. Apoiada em leituras normativas, na legislação, doutrina e jurisprudência, a pesquisa fará a construção e detalhamento dos mecanismos aplicados na atribuição dos quinhões sucessíveis. A



abordagem do tema será realizada sugerindo uma análise sistemática da norma, evitando, dentro do possível, a interpretação literal, que poderia criar diferenças intangíveis em matéria sucessória dentro de um mesmo regime de bens.

Ainda que a Lei 10.406/2002 não tenha atribuído o direito de concorrência com descendentes ao cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão universal de bens e ao casado pelo regime da comunhão limitada caso não deixe o autor da herança bens particulares², o conflito entre a interpretação da norma e a dos tribunais permanece. Mesmo após a força interpretativa de enunciados proferidos em jornada do CJF³, que a seu turno parece ter deixado de enfrentar a totalidade da questão, se faz necessário fixar a quota parte sucessível do cônjuge sobrevivente caso o falecido tenha deixado bens particulares já que a doutrina, controversa, dá ensejo ao surgimento de novos e demorados conflitos em matéria sucessória. No caso, para a pessoa casada pelo regime da comunhão universal de bens, caso haja bem particular, não há o enfrentamento da questão.

A pesquisa admite a extensão das possibilidades aos companheiros, considerando a repercussão geral das decisões do STF. No entanto, a abordagem é feita de forma específica no casamento tão somente por uma organização para o estudo. Enfrentar o tema das diferenças nos quinhões sucessíveis pretende a construção de argumentos que permitam efetivamente a igualdade sucessória entre os cônjuges e os companheiros em regimes de comunicabilidade de bens, considerando as suas diferenças e especificidades. Acredita-se que dessa forma seja possível que a escolha do regime seja considerada pela vontade de compartilhamento de vidas e de patrimônio, mas não pelo melhor benefício póstumo.

1. O cônjuge como herdeiro necessário sucedendo em concorrência com os descendentes e ascendentes

O Código Civil de 2002 introduziu a dupla vocação para o cônjuge sobrevivente: de herdeiro necessário e concorrente com os descendentes e ascendentes. De acordo com

² Lei 10.406/2002, Art. 1829, I.

³ Enunciado 270, III Jornada de Direito Civil: Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.



CONCORRÊNCIA DESLEAL?

A questão da quota parte do cônjuge sobrevivente nos regimes de comunhão de bens.

REALE⁴, trata-se da correção de uma falha do Código Beviláqua, aonde o cônjuge tinha a posição de herdeiro facultativo. Ainda que fosse o terceiro na ordem da vocação hereditária, ele poderia ser afastado da sucessão hereditária com a disposição de bens para terceiros diversos através de testamento. Não haveria qualquer reserva legal estabelecida em seu favor, mas o projeto já delineava o regime de bens supletório como o da comunhão parcial de bens. Pretendia-se o ajuste da codificação anterior à realidade social que então se delineava.

A alteração não apenas inovava em matéria de sucessões. Ao acolher o regime da comunhão parcial de bens como o regime supletório, a meação incidiria tão somente nos bens adquiridos onerosamente na constância da sociedade conjugal, afastando a comunicabilidade de bens havidos por herança. O casamento não permitiria o ingresso no patrimônio alheio à convivência, salvo se por livre manifestação da vontade revelada em pacto antenupcial válido.

Essa era uma mudança de paradigma nas relações conjugais. Buscava-se, se possível, evitar que a escolha de regimes de bens tivesse causa diversa da convivência. O reconhecimento de que há atividades que são desenvolvidas em conjunto pelos casais não apenas pela atividade laboral, mas pela companhia, incentivo e afeto é reforçada pela inexigibilidade de demonstração de esforço financeiro comum. E de outro lado, evitaria eventuais dúvidas que possam ser suscitadas de um casamento que advenha de interesse financeiro.

O Código Beviláqua não previa a concorrência sucessória entre os cônjuges, em que pese Clóvis a considerar. À época dos debates da primeira codificação, a intervenção de Andrade Figueira afastou o cônjuge da posição de herdeiro reservatário por acreditar que a mulher seria a sobrevivente e não merecedora de direitos hereditários em concorrência com os parentes em linha reta (CASTRO, 2012, 377-378). Seria uma forma de transferência do patrimônio para outra linha familiar, o que subverteria o binômio nome-propriedade garantidor da família patriarcal colonial.

No entanto, o projeto da nova codificação encontrara a fase do casamento da razão em seu término. As mentalidades mudaram. As mulheres não mais se submetiam às escolhas maritais. A não sujeição ao regime de bens absoluto, aliado ao regime de bens

⁴ Conferencia proferida em 5 de agosto de 1975 na Comissão Especial destinada a dar parecer ao Projeto de Lei nº 634, de 1975, do Poder Executivo, que dispõe sobre o Código Civil. Disponível em



reservados decorrente do Estatuto da Mulher Casada, sugere maior autonomia na escolha de organização do patrimônio. Não se pretendeu retornar a uma época em que o patrimônio da mulher não pudesse mais ser administrado livremente por sua escolha e decisão.

Nesse percurso, considera-se que a instituição do usufruto viual seria um prenúncio da necessidade de proteção específica ao cônjuge sobrevivente (TEPEDINO, 1991). Controverso à época por “ser a concessão do usufruto um legado ex lege” (TEPEDINO, 2012, p. 140), o usufruto era considerado sobre todo o acervo hereditário. Já que não haveria a concorrência em propriedade em favor do cônjuge, ele deveria usufruir de parcela variável do patrimônio, bem como ter o direito real de habitação no imóvel de residência do casal, para que não ficasse à mercê de parentes do falecido. A não sujeição do sobrevivente aos demais parentes do falecido reforçava a ideia de família afetiva e de comunhão de afetos.

Os anos de 1970 têm mulheres que não se sujeitam aos papéis de então. Ocupam posições de protagonismos em suas vidas e nas de duas famílias. Trabalham, decidem. A economia doméstica agora é composta pelos salários de seus integrantes, homens e mulheres que se reúnem com objetivos em comum. As mudanças das mentalidades impunham novas leituras e reconhecimento de direitos para essas reconfigurações na dinâmica das famílias, no caso os sucessórios. É importante que a sucessão legítima, a advinda da norma, desde logo proteja as pessoas viúvas.

Dessa forma, deve-se admitir a sucessão nos bens particulares, concorrente o supérstite com os descendentes tão somente nesses; nos comuns, é mantida a posição de meeiro. A medida “É algo de novo que o projeto traz e que corresponde à exigência social de justiça”. (REALE, 2012, p. 83), protegendo o sobrevivente em caso de viuvez com a sua meação e participação nos bens particulares do falecido. Tratava-se do “espírito social” (CASTRO, 2012, p.400) que a nova codificação deveria ter para a adequada proteção ao grupo familiar.

A redação do texto legal suscitou dúvidas, levando Tancredo Neves a sugerir que ela daria ensejo a interpretações controversas⁵. Para os integrantes da Comissão elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, a orientação era clara: “O cônjuge herdará no

<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/9668> Acesso em 15 ago. 2017.

⁵ Reprodução de notas taquigráficas inéditas da Comissão Especial Destinada a Dar Parecer ao Projeto de Lei nº 634, de 1975, do Poder Executivo, que dispõe sobre o Código Civil. Fonte: Arquivo da Câmara dos Deputados. Disponível em [file:///codigo_civil_debate_v1_tomos1a4%20\(3\).pdf](file:///codigo_civil_debate_v1_tomos1a4%20(3).pdf) acesso em 17 ago. 2017



regime de separação total e no regime da separação parcial, quando o outro cônjuge tiver bens próprios” (CASTRO, 2012, p. 404).

E desde então assim tem sido: são diversas as interpretações sobre os regimes nos quais o cônjuge concorre e em concorrendo, sobre quais bens a sucessão deve incidir.

Em relação aos companheiros, o percurso foi bem distinto. À época sequer se considerava em específico a possibilidade de reconhecimento de união estável, o que só foi possível a partir da Constituição de 1988. A primeira norma de atribuição de direitos sucessório foi publicada em 1994, não havendo direito sucessório aos conviventes antes de sua vigência. O percurso foi longo e o projeto, assim como a redação final, mais se envolveu com os preconceitos de então do que com a proteção dos companheiros.

A exclusão do companheiro sobrevivente do art. 1829 do Código Civil e o seu indevido depósito no art. 1790 da codificação traduz não apenas uma sociedade conservadora, mas também as dificuldades no enfrentamento de questões sensíveis às famílias. A necessidade do enfrentamento da questão e do ativismo judicial finalmente realizado pelo STF em maio de 2017⁶ permite a adequada localização do companheiro como herdeiro necessário na mesma e ideal perspectiva que o cônjuge sobrevivente. Essa questão possivelmente ainda será objeto de novos questionamentos, ainda que a decisão tenha a repercussão geral, desde logo demonstrando a necessidade de alteração no texto legal, protegendo efetivamente a pluralidade nas configurações familiares.

2. Contatos entre os regimes da comunhão universal e a limitada.

Os regimes de comunhão universal e da parcial de bens encontram distinções e similitudes que precisam ser enfrentadas para o debate proposto. Perceber que há semelhanças fáticas e jurídicas nos regimes permitirá analisar a eleição legislativa para a sucessão, bem como a sua aplicabilidade.

A investigação parece ser análoga em sede de casamento e de união estável, sem deixar de observar a posição do STJ em relação à possibilidade de se considerar como aquestos sem a comprovação de esforço comum aos companheiros tão somente aqueles

⁶ A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida. No julgamento realizado nesta quarta-feira (10), os ministros declararam inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelece diferenças entre a participação do



adquiridos na vigência da Lei nº 9278/1996. Os bens adquiridos anteriormente só poderiam ser partilhados com a demonstração de aquisição comum. A decisão afeta a sucessão, considerando a tese que “a partilha deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo de aquisição de cada bem a partilhar⁷”. Da mesma forma, a posição do Tribunal em aplicar o regime da separação obrigatória em união estável para a pessoa que nela ingressa a partir de 70 anos⁸. A regra do art. 1641 do Código Civil, restritiva de direito, foi estendida pelo STJ nesse caso. Seria uma forma de evitar a fuga da obrigatoriedade da separação patrimonial pela escolha de constituição de família formal ou informal.

Os regimes de bens constituem um estatuto jurídico “destinado a disciplinar o direito patrimonial no direito de família” (RIZZARDO, 2014). Ele é considerado importante pois permite ao casal, em regra⁹, livremente escolher como será regido o patrimônio de ambos não apenas no que se refere àqueles adquiridos na vigência da sociedade conjugal, mas também no que se refere aos bens havidos anteriormente á vida em comum.

A escolha é de livre vontade dos nubentes, exceto quando a lei dispuser de forma diversa. As regras limitadoras do art. 1641 do Código Civil são taxativas e impedem a comunicabilidade de bens pretéritos, em especial. A regra é uma sanção cível aqueles que não deveriam casar por causa suspensiva, e ainda assim o fazem; ou ainda por aqueles que dependem de autorização judicial a fazê-lo, sendo que seria possível a verificação nesse momento do melhor regime; ou ainda daqueles que se casam com mais de 70 anos, nesse caso sob o argumento de se evitar o aproveitamento do casamento como causa de enriquecimento.

companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> Acesso em 15 ago. 2017.

⁷ Jurisprudência em tese. Edição nº 50, União Estável. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp> Acesso em 15 ago. 2017.

⁸ Jurisprudência em tese. Edição nº 50, União Estável Na união estável de pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do CC/02), impõe-se o regime da separação obrigatória, sendo possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp> Acesso em 15 ago. 2017.

⁹ As exceções são as legais e dispostas no art. 1641 do Código Civil: É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.



O teor da SUM 377 do STF¹⁰ também poderá dar ensejo a um acervo híbrido, com a formação e bens comuns aos casados ou conviventes pela separação legal. Os debates sobre essas causas restritivas ainda não encontraram uma posição unânime, sendo objeto de controvérsias por excesso de intervenção do Estado nas relações privadas.

Mas se de um lado se verifica que a escolha do regime prestigia a livre disposição patrimonial, de outro lado há a cogência da norma no que tange à forma e aos efeitos do regime, sendo, nessa parte, verdadeiro instituto de ordem pública. O estatuto patrimonial fica delimitado pelas normas. Por vezes, há regimes híbridos, nos quais se misturam e adaptam os regimes dispostos no Código Civil, dando ensejo a novos debates sobre a formação dos quinhões partilháveis ou ainda sucessíveis.

Salvo no regime da comunhão parcial, supletivo, ou da separação obrigatória, a escolha deve ser feita quando da habilitação ao casamento e através de pacto antenupcial válido, com vigência e eficácia tão somente a partir da celebração do casamento. Será possível inclusive a combinação de regras de mais de um regime, desde que compatíveis entre si e que atendam a ambos os cônjuges. As regras são claras e vinculantes enquanto vigorar o regime. Ele é mutável a partir da vigência da atual codificação, mas desde que haja justa causa à mesma e que acordes os contraentes, alterando a regra da imutabilidade de que tratara a normativa anterior. Ela deve ser motivada e de eleição do casal, desde que não haja prejuízo a terceiros. Essa nova perspectiva permite maior capilaridade entre os regimes de bens e nas relações econômicas entre cônjuges e companheiros.

O regime da comunhão universal de bens era o regime aplicado de ofício quando do início da vigência do Código Beviláqua¹¹. Tratava-se de um regime garantidor das vontades do pai e do marido, então detentor da autoridade marital, da administração patrimonial e de escolhas sobre a atividade laborativa de sua mulher, do domicílio conjugal e do pátrio poder, comunicando, em regra, todos os bens do casal. À época, o homem era o administrador do patrimônio familiar, consolidava o seu poder sobre todos os membros da família. O poder que lhe era atribuído com a administração exclusiva do patrimônio, ou ainda com todas as possibilidades de empuxos profissionais dos quais as mulheres eram

¹⁰ SUM 377, STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

¹¹ Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.



afastadas o colocava em situação clara de vantagem no âmbito da família. O estado de sujeição conjugal e filial cristalizava o poder patrimonial.

Esse regime ainda hoje é aplicado, desde que por livre escolha do casal. Ele comunica bens pretéritos e futuros, fundindo as massas patrimoniais e as transformando, em regra, em uma única. Dessa forma, os bens adquiridos a título oneroso ou gratuito, anteriores e posteriores ao casamento, comunicam e formam uma exclusiva massa patrimonial. As dívidas passivas também são suscetíveis de comunicabilidade.

Trata-se de um regime no qual o casal tem um estado de mancomunhão semelhante ao condomínio, mas que não pode ser partilhado sem que haja o término ou dissolução do vínculo. Como se um condomínio perene e “peculiar, pois que insuscetível de divisão antes da dissolução da sociedade conjugal, extinguindo-se inexoravelmente nesse instante” (RODRIGUES, 2008, p. 186). Esse patrimônio, “indivisível e comum, sem definir, especificar, ou localizar a propriedade nos bens” (RIZZARDO, 2014), integra a comunhão na constância do casamento e deve ser partilhado em partes iguais quando do término ou da dissolução do vínculo.

Ainda assim é possível que nesse regime haja bens particulares. A incomunicabilidade pode advir da manifestação da vontade de terceiros estranhos e alheios ao casal, como no caso de uma doação ou sucessão com cláusula de incomunicabilidade, ou da vontade dos próprios cônjuges, caso de doação com cláusula realizada antes do casamento pelo regime unitário. A lei organiza textualmente as hipóteses, de forma que os bens que não estão sob essa proteção, serão comunicados entre o casal. São bens comuns. Os demais, particulares, integrando tão somente o acervo de um dos cônjuges.

Para a adoção do regime da comunhão universal de bens se faz necessário o pacto antenupcial válido ou o contrato de conviventes com a indicação precisa do regime escolhido. O regime da comunhão universal de bens – ou total – foi o regime supletório até 1977. Com a vigência da Lei do Divórcio, tornou-se supletivo o regime da comunhão parcial ou limitada de bens. A partir de então, no silêncio da manifestação expressa de vontade diversa ou na invalidade do pacto antenupcial, será adotado o regime da comunicação limitada, ou de comunhão de aquestos.

Nesse regime, a comunhão se institui no acervo que o casal constrói conjuntamente. O reconhecimento de uma nova posição jurídica para homens e mulheres, e a busca por uma efetiva igualdade revelada nas relações familiares, torna possível que os bens havidos



durante a comunhão de vida pertençam a ambos em propriedade, se o caso, e sejam administrados também pelos dois membros do casal. É o reconhecimento do trabalho e do esforço comum, ainda que apenas um deles contribua economicamente para a aquisição do bem, pois se reconhece o valor econômico do trabalho desenvolvido no espaço familiar.

Por esse regime, cada membro do casal mantém a propriedade exclusiva dos bens que integravam o seu acervo pessoal antes do casamento e ainda os bens que porventura venham a integrar através de doação ou de herança¹² durante a vigência da sociedade conjugal. Também serão particulares os bens sub-rogados daqueles ou ainda os adquiridos com valores particulares. Trata-se de um regime que busca a valorização da relação conjugal, excluindo de seu acervo aqueles que não tenham relação com o casamento ou com a união estável a título oneroso. Sendo o título aquisitivo alheio ou anterior ao casamento, não há que se falar em comunicabilidade, ainda que o registro seja posterior.

É possível identificar que ambos os regimes têm pontos que por vezes os diferencia sensivelmente, com a fusão de acervos, a comunicabilidade de bens havidos a título gratuito, casos de doação e de herança, salvo se gravados de incomunicabilidade. Logo, é possível haver bens particulares.

Em outras hipóteses, os regimes se aproximam. Esse é o caso da comunicabilidade de bens adquiridos onerosamente na constância da sociedade, ainda que apenas em nome de um dos cônjuges, protegendo a ambos. Em outras configurações, também na possibilidade de haver acervo reservado a determinado cônjuge em ambos os regimes, aumentando o número de massas patrimoniais. Dessa forma, é possível identificar que em ambos os regimes de comunhão de bens é possível haver mais de uma massa patrimonial, com a experiência de bens comuns e de bens particulares e reservados individualmente a apenas um dos cônjuges.

3. O acervo sucessível.

¹² A legítima não comunica no regime da comunhão parcial. Se houver sucessão testamentária, a comunicabilidade só se instala nos casos de deixa para ambos os cônjuges, de forma conjunta.



A herança é considerada uma universalidade de direitos, um todo unitário e como tal deve ser tratada¹³. Essa universalidade de bens – e de direitos – faz com que a herança, ainda que composta por uma vasta diversidade singularizada, ainda assim tenha essa unicidade patrimonial.

Em se tratando de uma universalidade, seria possível haver dois acervos? A divisão subverteria a teoria da universalidade ou de unicidade patrimonial? Acredita-se que ao propor a divisão em duas quotas sucessíveis, será possível o enfrentamento da questão do quinhão sucessível em favor do cônjuge ou do companheiro sobrevivente.

A primeira fração deve abranger o patrimônio comum, objeto de meação e insuscetível de herança. A segunda quota é formada pelo acervo particular do falecido, esse o objeto da sucessão. Essa dicotomia não subverteria a regra geral de universalidade, pois a herança continuaria sendo uma universalidade de bens e de direitos. Apenas haveria a cisão entre frações sucessíveis, assim como há a parte legítima e a disponível sem que haja perda ou solução da universalidade de direitos.

A família contemporânea comumente constrói o seu patrimônio em conjunto, sendo muito comum que os bens sejam adquiridos na constância do casamento ou da convivência. Mas não há verdades absolutas, de forma que o tema precisa de um enfrentamento que permita a proteção do sobrevivente sem implicar em reducionismo. Em havendo bens comuns, há meação, logo uma primeira proteção patrimonial já desde logo se estabelece. Ainda que se trate de um direito em vida do meiro, o direito à meação implica na metade de todo o acervo comum, sendo medida justa de partilha inter vivos e mortis causa. A partir daí é que se deve verificar qual será o acervo sucessível a ser partilhado em favor do sobrevivente em concorrência com os descendentes do autor da herança, não necessariamente do cônjuge herdeiro.

A doutrina se dividiu. De um lado, foi considerado haver um único acervo hereditário sucessível, compreendendo bens comuns e particulares, seja “porque a lei não diz que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do de cujus” (DINIZ, 2008, p. 122). Nesse caso, o sobrevivente “vai concorrer, parece-nos, em participação sobre todo o acervo inventariado (isto é, metade dos bens aquestos de que o falecido era

¹³ Art. 1791 do Código Civil: A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.



titular e também nos bens particulares), com os descendentes desse (comuns ao casal ou não)” (CARVALHO, 2017, p.362).

Ou ainda, a necessidade de sucessão tão somente nos bens comuns, pois a sucessão em bens particulares implicaria no fato do viúvo receber por herança o que não receberia pelo regime de bens (DIAS, 2013, p.170). O STJ entendeu em 2010¹⁴ que o regime da comunhão parcial imprimiria “concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes”, afastando os bens particulares do acervo hereditário.

De outro lado, a perspectiva de que o cônjuge meeiro já receberia metade do acervo comum por direito próprio o afastaria da sucessão desse mesmo acervo, de forma que apenas os bens particulares são objeto da concorrência sucessória, “devendo a meação do de cujus compor integralmente a legítima dos descendentes, conseqüentemente sem prejuízo do direito constitucional de herança (art. 5º, XXX, da CF)” (LÔBO, 2014, p. 129). Ou ainda por considerar que o cônjuge deve ter uma posição de destaque ao concorrer em propriedade com descendentes, dependendo do regime de bens, e ascendentes, qualquer que seja o regime de bens. Na primeira hipótese, “No regime supletivo (o da comunhão parcial: art. 1.640), isso apenas poderá ocorrer se o de cujus tivesse bens particulares, situação na qual o cônjuge é chamado a suceder em concorrência com os descendentes” (PEREIRA, 2017, p. 133), e não sobre todo o patrimônio. Na segunda, sobre a totalidade dos bens, pois não se considera o regime, revelando a importância que o direito contemporâneo atribui à família afetiva.

Para grande parte da doutrina, o viúvo que casara pelo regime da comunhão parcial de bens “somente terá direito concorrencial quando o falecido houver deixado bens particulares, é forçoso convir que tal direito incidirá apenas sobre essa parcela de bens” (STOLZE, 2017, p. 214). Esse tem sido desde então o pensamento dominante: não se herda aonde há meação e não há meação aonde se herda. Dessa forma, o quinhão hereditário será aquele calculado tão somente sobre os bens particulares do falecido.

Já em 2004 cria-se que o quinhão sucessível seria o de bens particulares. Os debates então realizados pela Comissão de Trabalho de Direito de Família e Sucessões, coordenados por Luiz Edson Fachin, dava espaço a essa posição que cada vez mais

¹⁴ Recurso Especial Nº 1.117.563 - SP (2009/0009726-0), Relatora Min. Nancy Andrighi, 17 de dezembro de 2009(data do julgamento).



ganhava espaço na doutrina e na jurisprudência, daí advindo o Enunciado nº 270¹⁵ da III Jornada de Direito Civil. Os enunciados consolidam as tendências contemporâneas e majoritárias, em especial quando se identifica a existência de cláusulas abertas, típicas da codificação vigente.

Em decisão de 22 de abril de 2015¹⁶, a Segunda Seção do STJ decidiu que para garantir ao cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens em que haja as condições necessárias à sobrevivência, o patrimônio a ser repartido com o cônjuge sobrevivente em concurso com os filhos corresponde aos bens particulares do falecido.

Ocorre que também no regime de comunhão universal de bens poderá haver bens particulares, como nos casos de doações ou de sub-rogações de bens clausulados, criando similitude na situação patrimonial. Em que pese a tendência à unicidade patrimonial (GAGLIANO, 2016, v. 6, p.358), há exceções legais¹⁷ que afastam a comunicabilidade. Dessa forma, não necessariamente haverá meação sobre a totalidade do acervo. A justificativa para afastar da sucessão o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens é exatamente o direito à meação do patrimônio. Mas quando não há a meação na totalidade do patrimônio, deve o sobrevivente ter um tratamento que o alije de uma sobrevivência digna?

O questionamento não é solitário e encontram amparo ao considerar que o casamento pelo regime unitário seria “menos protetivo aos cônjuges do que o da comunhão parcial em termos de concorrência com os descendentes” (SIMÃO e TARTUCE, 2013, v.6 p. 157). Pela lógica do sistema, nesse caso o cônjuge deverá suceder nos bens particulares (FARIAS e ROSENVALD, 2015, v.7, p.250)

O regime de bens trata de uma escolha entre os cônjuges para gerir o patrimônio na constância da sociedade conjugal. A sucessão, de uma escolha estatal para depois do decesso. O que se propõe é a proteção do cônjuge sobrevivente e não uma posição de

¹⁵ ENUNCIADO 270 CJF 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 aqüestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

¹⁶ REsp 1368123 (2012/0103103-3 - 08/06/2015) Foi voto vencido o da Min. Nancy Adrigui, que se posiciona há anos de forma diversa, entendendo que o “cônjuge sobrevivente, a par de seu direito à meação, concorre na herança apenas quanto aos bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes, unicamente entre os descendentes”. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br> Acesso em 07 set. 2016

¹⁷ Lei nº 10.408/2002, art. 1.668.



vantagem entre cônjuges e descendentes, e ainda permitir que as pessoas escolham os regimes de bens para o gerenciamento em vida e não considerando a morte do cônjuge.

Esse argumento também deve ser apresentado em face daqueles que entendem pela impossibilidade de sucessão no caso em análise, pois permitir a sucessão nos bens particulares trairia o desejo do doador ou do testador que clausulara os bens em vê-los em mãos do cônjuge do falecido. (DIAS, 2015, p. 169).

No entanto a sucessão é fato jurídico diverso do casamento e como tal deve buscar atender a essa proteção em caso de viuvez. A construção de uma ideia de direito sucessório concorrente do cônjuge com descendentes tem por finalidade proteger o sobrevivente, garantindo, para além de sua meação, direito advindo do regime de bens, a sucessão em propriedade nos bens particulares do falecido. Esses bens, já que afastados da meação, integrarão a herança em favor do viúvo, de forma que ele não fique desprotegido patrimonialmente. A incidência da sucessão não se daria nos bens particulares, meados, compreendendo que a metade do acervo comum será partilhada entre o cônjuge viúvo e os descendentes do falecido. Entendeu-se ser essa uma fórmula justa a garantir que o supérstite tenha a sua meação, acompanhado do direito real de habitação, e aos descendentes a sucessão na outra metade dos bens.

A norma, no entanto, exclui da sucessão nesse caso em específico aos casados pelo regime da comunhão universal, mesmo havendo a possibilidade de bens particulares no regime da comunhão absoluta. Se o que se pretende é a proteção do cônjuge e do companheiro, é incongruente atribuir a sucessão nos bens particulares na comunhão parcial e excluir a mesma possibilidade na universal. Seria reduzir esse regime a uma singular probabilidade: a de um único acervo patrimonial, o que não é possível. Ainda que o acervo particular não seja a regra, é plausível e demanda a análise para a tutela do cônjuge.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo não pretende esgotar o assunto, mas trazer à lume e ao debate pontos de convergência entre os regimes da comunhão universal e da parcial de bens, sem que assim se comporte o ordenamento jurídico em sede de sucessão hereditária. Fortalecendo as divergências ente eles, atua como se houvesse uma única possibilidade no regime da



comunhão total, com um único patrimônio, quando a normativa indica haver possibilidades diversas.

Fortalecer o grupo familiar é uma busca constante. O ambiente que se constrói através do afeto não deveria encontrar no patrimônio a sua escolha. Acredita-se que funcionalização da família cada vez mais demanda a investigação sobre o regime jurídico e as repercussões sociais sobre o grupo. Compreender a sua estrutura plural e a liberdade de escolhas, acelerado após o último quadrante do Séc. XX, e a sua formação de forma integrativa por pessoas que desejam o compartilhamento de vidas em conjunto reflete não apenas no estatuto pessoal familiar, mas também no patrimonial.

Para além de uma instituição jurídica – e até mesmo religiosa – a família tem por norte vínculos que buscam perpetuar laços afetivos e familiares. Nesse escopo, encontra-se também a instituição do regime de bens e o regramento de direito patrimonial. O seu caráter instrumental cria relações pessoais e econômicas e no momento em que há a dissolução por morte, surgirão novos enfrentamentos, desde a alteração do estado civil até o estatuto sucessório.

Na medida em que cada vez mais se pretende que a família seja o espaço de realização dos afetos, as discrepâncias patrimoniais em regimes com situações fáticas e jurídicas semelhantes parecem merecer um novo olhar. Ele não pode ser o marco fundante.

A conjugalidade há muito deixou de ser um destino, tornando-se uma escolha pessoal. A formação do grupo familiar revela a sua origem e também consecução. Afastar de suas relações jurídicas o reconhecimento de direitos sucessórios aos cônjuges casados pelo regime da comunhão universal em havendo bens particulares não parece coadunar com a nova ordem civil. Esse alijamento de direitos deixa de renovar os valores estruturantes da sociedade brasileira, que busca na afetividade a formação da família. A sucessão legítima, que nada mais é senão a antecipação da presunção da vontade do falecido, precisa proteger o núcleo familiar presente, atuante e real. Não há ficção, mas uma realidade jurídica a ser preservada de proteção patrimonial.

A judicialização da família e o ativismo judicial, considerando as peculiaridades e diferenças dos institutos, implicam na análise constante da questão do direito sucessório nos tribunais. Buscar a uniformização na aplicação da lei federal para tornar equânimes as decisões e minimizar as discrepâncias parece ser uma necessidade decorrente da anomalia



normativa. Para tornar exequível a pretensão, se faz necessário observar e analisar de forma crítica as exceções apontadas no regime da comunhão universal de bens para efetivamente atingir a justiça social.

O que se busca é compreender as eventuais distorções existentes na lei, tratando de forma desigual situações patrimoniais que se assemelham, autorizando ou não a concorrência, e em diferentes proporções. As disparidades encontradas dentro de um mesmo sistema podem colocar em risco a segurança jurídica e a harmonia familiar, na medida em que as pessoas podem se sentir não apenas confusas, mas desprotegidas com essas diferenças, e priorizar o estatuto patrimonial em detrimento do pessoal. Pensar em uma proteção futura não é um interesse descabido, mas um cuidado pessoal.

A fórmula adotada pela codificação parece iníqua: ora, se a sucessão daqueles casados pelo regime da comunhão parcial de bens incide a concorrência com descendentes nos bens particulares, seria legítimo que também fosse partilhado em favor daqueles casados pelo regime da comunhão absoluta. Não parece crível que ainda sejam afastados da sucessão hereditárias as pessoas que o foram casadas pelo regime da comunhão universal se o falecido deixou bens reservados. Esses bens não integram a meação e como tal devem ser partilhados entre o sobrevivente e os descendentes. Tais bens, afastados da meação, são reservados, havendo assim paridade fática e até mesmo legal na repercussão final entre os regimes. Essa segurança se propõe a alcançar, no regime absoluto, a mesma solução, garantindo assim a proteção ao cônjuge e ao companheiro nos casos de viuvez.

Se o que ao final se busca como proposta de realização das famílias transcende para além das escolhas patrimoniais. Para tornar possível o exercício do direito de herança e à propriedade privada, é necessário o esclarecimento sobre as diferenças nos regimes para o livre exercício da autonomia da vontade. Não deve haver limitações que traduzam injustiça, mas informação clara, organizando a futura sucessão conjugal. Permitir a diferenciação em resultados patrimoniais idênticos parece uma limitação às liberdades individuais da qual o Estado deve se abster. A proteção ao cônjuge é um vetor a ser observado em situações que tenham similitude fática e jurídica. A igualdade é um caminho a ser percorrido, prestigiando a repersonalização como espaço de realização da pessoa humana também no âmbito familiar.



BIBLIOGRAFIA REFERÊNCIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. coordenador científico. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados** Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões** 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

CASTRO, Torquato. **Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar**. Elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. Volume 1. Audiências Públicas e relatórios (1975-1983). Tomo 1. Ord.: Dr. José Theodoro Mascarenhas Menk. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Manual de Direito das Sucessões**. 3. ed. 4 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7 : direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões**, vol. XX, (arts. 1784 a 1856). São Paulo. Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil – Vol. VI / Atual**. Carlos Roberto Barbosa Moreira. – 24. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar**. Elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406, de 2002. Volume 1. Audiências Públicas e relatórios (1975-1983). Tomo 1. Ord.: Dr. José Theodoro Mascarenhas Menk. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.



CONCORRÊNCIA DESLEAL?

A questão da quota parte do cônjuge sobrevivente nos regimes de comunhão de bens.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio **Direito civil : direito de família : volume 6**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). — São Paulo : Saraiva, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Usufruto legal do cônjuge viúvo**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro**. Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012. p. 138-160.

VELOSO, Zeno. **Direito de Família e o novo Código Civil**. (Coord.) Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

SITES

<https://ww2.stj.jus.br>

[https:// www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br)

<http://www.cjf.jus.br>